UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

ÉVOLUTION

DU

DROIT DE FAMILLE

VERS L'INDIVIDUALISME

THÈSE

pour le Doctorat ès sciences juridiques

PAR

Marcel ROUQUET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER

Lauréat de la Faculté de Droit de Montpellier (1903-1905-1906)
et du Concours général des Facultés de Droit (1906)

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

—

1909

ÉVOLUTION

DU

DROIT DE FAMILLE

VERS L'INDIVIDUALISME

MONTPELLIER — IMPRIMERIE COOPÉRATIVE OUVRIÈRE

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

ÉVOLUTION

DU

DROIT DE FAMILLE

VERS L'INDIVIDUALISME

THÈSE

pour le Doctorat ès sciences juridiques

PAR

Marcel ROUQUET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE MONTPELLIER

Lauréat de la Faculté de Droit de Montpellier (1903-1905-1906)
et du Concours général des Facultés de Droit (1906)

ACAD.
MONTPELLIER
BIBL.

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

—

1909

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VIGIÉ, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

BRÉMOND, Assesseur, professeur de Droit administratif.

LABORDE, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Économie industrielles.

CHARMONT, professeur de Droit civil.

CHAUSSE, professeur de Droit romain.

VALÉRY, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

MARGAT, professeur de Droit civil.

PERREAU, professeur de Procédure civile.

MOYE, professeur de Droit international public.

RIST, professeur d'Économie politique.

BARTHÉLEMY, agrégé, chargé d'un cours de Droit constitutionnel.

GIFFARD, agrégé, chargé d'un cours d'Histoire du Droit.

MORIN, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil approfondi.

BRIDREY, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.

NOGARO, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique.

ROCHETTE, secrétaire.

GLAIZE, professeur honoraire.

MEMBRES DU JURY

MM. MARGAT, *Président.*

CHARMONT, CHAUSSE, } *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534907_0038

ÉVOLUTION
DU
DROIT DE FAMILLE
VERS L'INDIVIDUALISME

INTRODUCTION

Dans toutes les législations, le droit de famille, plus encore que les autres parties du droit, subit l'influence des mœurs et ne les gouverne pas.

On peut relever, à son sujet, à travers les civilisations successives, la trace de deux tendances : l'une cherche à fortifier sans cesse le groupement des parents autour de l'ascendant commun et les pouvoirs de celui-ci ; l'autre pousse, d'une façon plus ou moins marquée, au développement des prérogatives individuelles dans la famille comme dans l'Etat.

§ 1. Historique

Si le droit romain primitif semble n'avoir connu que la première de ces tendances, c'est que le pouvoir, théoriquement absolu, du paterfamilias était tempéré par les mœurs ou contenu par la crainte de la note censoriale. Le jour où la barrière de l'opinion publique fut insuffisante, on dut réduire dans une juste mesure l'autoritarisme ancestral et concéder

aux enfants des droits en regard de la toute puissance de leur auteur.

L'histoire du droit romain tout entier porte la trace de cette évolution. Nous n'en voulons pour preuve que les modifications apportées à la condition du fils de famille qui, d'abord assujetti aux liens étroits de la patria potestas, acquiert, grâce à la théorie des pécules, une certaine indépendance matérielle dès le début de l'Empire. En même temps sa situation morale s'améliore, son père perdant le droit de le punir de mort et de se livrer sur lui à des violences (1). Un jour vient même où l'ascendant est tenu de doter son descendant (2), et se trouve ainsi dans une position moins favorable que le père de famille de notre époque.

Nous pourrions citer d'autres exemples. Celui-ci témoigne suffisamment qu'il s'est produit, à travers le temps, à Rome, une dégradation à la fois continue et légale de l'autorité paternelle. Les droits de la gens sont entrés en composition avec les exigences de la liberté individuelle de ses membres, et ce n'est pas une des particularités les moins remarquables de notre Code civil, lorsqu'il fut voté, d'avoir, à son tour, consacré, en ce qui touche la famille, une sorte de compromis entre les conceptions qu'on en avait avant lui et les aspirations des temps nouveaux. Nous reviendrons bientôt là-dessus. Au préalable, nous devons, pour éclairer l'œuvre des rédacteurs du Code et permettre de mieux saisir l'évolution qui s'est poursuivie depuis et qui se continue encore,

(1) Dig. 37. 12. Si a par. quis, 5.

(2) Dig. 2. 12, de Jure dot. 23. C. 5.12. De Jure dot. 14 Dig. 23, 2. de R. N. 19.

rappeler à grands traits comment s'étaient affirmées dans le passé les deux tendances qui vinrent ainsi se concilier un moment dans une solution transactionnelle.

Tout groupement social qui repose moins sur l'adhésion constante et sans cesse renouvelée de ses membres à la forme constitutionnelle, que sur le principe d'autorité ou la force, a besoin, pour subsister, d'une solide et puissante organisation intérieure.

Dans l'édifice social romain ou celui de notre ancien régime, cette organisation a pour base la famille, sorte de réduction de l'Etat. L'ascendant, représentant de l'autorité supérieure, voit s'y grouper autour de lui, dans une situation de dépendance, les diverses personnes de sa maison. La discipline domestique devant servir la discipline de l'Etat, pour que l'Etat soit fort, il importe de fortifier la famille. C'est pourquoi, jusqu'à 1789, tous les gouvernements avaient tenu à conserver dans son intégralité l'ancienne constitution familiale, gardant au mariage, sous l'influence de certaines idées sociales ou religieuses, son indissolubilité et assurant aux ascendants, pour réunir en un faisceau toutes les forces du groupe, une suprématie à la fois morale et matérielle (1).

1. Le chef de famille désigne à chacun de ses fils la carrière qu'il doit embrasser ou la situation dont il doit se contenter ; il choisit pour ses filles, presque sans les consulter, les maris que sa sollicitude juge les meilleurs. La coutume des ancêtres règle la répartition du patrimoine, et ce règlement peut, par le régime des substitutions fidéi-commissaires, atteindre les générations les plus lointaines ; les couvents seront ouverts et les fonctions ecclésiastiques seront réservées à ceux des enfants que le chef de famille et la tradition desti-

Sous l'ancien droit, en effet, l'organisation de la famille légitime avait, théoriquement, pour fonction d'assurer à celle-ci la conservation de sa situation sociale, au moyen d'une autorité considérable conférée au chef, qui l'exerçait tant dans son intérêt que dans celui des siens. Un tel groupement devant reposer sur l'union persistante de l'homme et de la femme, son existence était subordonnée à l'indissolubilité du lien conjugal. Il comportait, d'autre part, un grand pouvoir de contrôle et de direction aux mains de l'ascendant (1). Cette conception « donnait à la fois satisfaction à l'intérêt social, qui trouvait, dans ces groupes solidaires, une force morale et économique, et aux mœurs de l'époque, fondées sur le besoin d'autorité, d'expansion et de survivance dans sa race, qui est au fond du cœur de tout homme et que la Renaissance avait encore développé (2). »

L'influence religieuse s'était aussi fait sentir sur l'organisation de la famille. Sans exposer tout au long l'importance du rôle de l'Eglise, dès le x^e^ siècle, dans toutes les questions concernant le droit des personnes, grâce aux constants efforts d'expansion des officialités, on ne saurait nier que ce rôle fût considérable dans la matière qui nous occupe, malgré la réaction énergique de la monarchie absolue,

nent au célibat et qui ne doivent pas diminuer la part héréditaire de leurs frères. » Paul Bureau, *La crise morale des temps nouveaux*, 1908, p. 187.

(1) Ce pouvoir alla jusqu'à permettre au chef de famille de faire, par mesure de correction, emprisonner ses fils à tout âge, ce qui se produisit pour Mirabeau, à une époque où il avait déjà obtenu un commandement militaire. (V. Bernard, *Hist. de l'aut. patern. en France*, p. 314 et s.)

(2) V. Centenaire du Code civil (Compte rendu) art. sur la famille p. 269.

au XVI[e] siècle, pour en limiter la portée (1). C'est que l'Eglise avait su, du moins dans sa période de grande prospérité, s'adapter aux mœurs du temps et favoriser l'organisation de la famille d'après les idées autoritaires qui prévalaient. Elle n'en avait pas moins maintenu au mariage un idéal élevé, et constitué, par l'indissoluble union des ascendants, un milieu propre au développement et à la protection des enfants. Plus que l'Etat, du reste (2), elle favorisait alors les progrès de ceux-ci dans le sens individualiste, sa doctrine tendant au perfectionnement de l'individu et, par là même, au développement de la personnalité. Elle représentait au demeurant, elle-même, une puissance d'ordre et de discipline. Ses conceptions, par rapport à la famille, eurent leur heure d'utilité et, bien qu'elles ne répondent plus aux besoins de notre temps, il faut reconnaître qu'elles étaient, avec l'ancienne société, dans la plus complète harmonie (3).

L'influence de l'Eglise s'était encore exercée, mais dans un sens défavorable, au sujet de la parenté naturelle. Née de relations défendues par elle et déjà réprouvée de ce chef, la famille naturelle avait subi une déchéance équivalente au prestige qui entourait la famille légitime. Son allure individualiste la faisait sévèrement apprécier par l'Etat et l'empêchait de jouir de la faveur que valait à la famille légitime sa force et sa cohésion. La législation marqua souvent cette différence d'une façon trop sévère.

(1) *Eod. loc.*, p. 275.

(2) Centenaire du Code civil (Compte rendu), p. 269. — P. Bernard, *loc. cit.*, p. 56.

(3) « Un idéal qui a d'abord stimulé le développement de l'humanité peut devenir une entrave, dès que les besoins nouveaux exigent un idéal nouveau. » Ellen-Key, *De l'amour et du mariage*, p. 5.

Cependant, si l'ancien droit restreignit, au point de les effacer presque entièrement, les rapports de famille entre parents naturels, il ne put laisser ces derniers isolés. Distinguant habilement les rapports de famille de ceux de parenté (1), il voulut surtout conserver ceux-ci, donnant de la sorte satisfaction à la fois aux tendances ecclésiastiques et politiques, toutes en faveur du mariage légitime, et à la nécessité sociale d'une sollicitude bien comprise à l'égard des enfants naturels. De là le maintien du devoir alimentaire vis-à-vis de ces descendants (2) et l'établissement, pour la recherche de la filiation naturelle, d'un système de preuves relativement facile, puisqu'il admettait les simples présomptions, ou même, pour des secours provisoires, la règle : creditur virgini, etc. (3).

Tels étaient les principes qui régissaient la famille avant la Révolution.

A la fin de la Royauté, cependant, malgré une certaine disposition des classes dirigeantes à maintenir le statu quo (4), les idées des philosophes du XVIII[e] siècle s'étaient assez répandues pour qu'on eût osé se dresser contre des institutions regardées comme arbitraires et surannées (5). Déjà Molière avait cherché à ridiculiser l'exercice intempestif de l'autorité des ascendants (6). Beaumarchais, Lesage,

(1) Pothier, *Des personnes*, n° 118. *Contrat de mariage*, n° 394.

(2) Loysel, *Institutes coutumières*, t. I, art. 41 ; d'Aguesseau, p. 7, n° 435.

(3) Ordonn. de 1670 ; Dalloz, Rép. v° *Paternité*, n° 406 et s.

(4) St-Simon, *Mémoires*, p. 3, p. 400. (Mariages d'argent sans la volonté des enfants. Le marquis d'Oise, par ex., se fiance à une enfant de 2 ans.)

(5) Encyclopédie, v° *Enfant*.

(6) *L'Avare ; le Malade imaginaire*.

d'autres encore l'avaient imité et, à la veille de la Révolution, des philosophes, comme Rousseau et les Encyclopédistes, protestaient contre les abus de l'autorité paternelle et l'indissolubilité du lien conjugal. Sur ce dernier point, en particulier, Diderot écrivait : « Ces préceptes singuliers (ceux qui lient indéfiniment l'un à l'autre un homme et une femme), je les trouve opposés à la nature et contraires à la raison : contraires à la nature, parce qu'ils supposent qu'un être pensant, sentant et libre, peut être la propriété d'un être semblable à lui... Contraires à la loi générale des êtres : rien, en effet, paraît-il plus insensé qu'un précepte qui proscrit le changement qui est en nous, qui commande une constance qui n'y peut être... (1). »

Une ère de réformes s'annonçait. Après des mesures préparatoires votées par l'Assemblée Nationale, parut le décret des 20-25 septembre 1792, qui précisa les causes, le mode et les effets du divorce (2). Une loi du 28 août avait déjà prescrit que la puissance paternelle cesserait au moment de la majorité. Celle du 1er février 1793 vint fixer la majorité à 21 ans et le

(1) Diderot, *Œuvres posthumes ; Jacques le Fataliste*, édit. Brière, Paris, 1821. P. II, § 3, p. 382, cité dans Fonsegrive, p. 100, *Mariage et union libre*.

(2) « Art. 1er. — Le mariage se dissout par le divorce.

Art. 2. — Le divorce a lieu par le consentement mutuel des époux.

Art. 3. — L'un des époux peut faire prononcer le divorce sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère.

Art. 4. — Chacun des époux peut également faire prononcer le divorce sur des motifs déterminés, savoir : ... »

Toutes ces dispositions étaient fondées, comme il était dit dans le préambule du décret, sur la nécessité « de faire jouir les Français d'une faculté qui résulte de la liberté individuelle, dont un engagement indissoluble serait la perte. »

décret du 12 brumaire an II assimila l'enfant naturel à l'enfant légitime.

L'esprit de la Révolution, qui entendait imprégner la société française de plus de liberté, d'égalité et de justice, avait inspiré ces modifications. Mais, tout en réagissant contre des institutions jadis protectrices des faibles et désormais détournées de leur but primitif, comme le droit d'aînesse, il aurait convenu de maintenir la cohésion de la famille en face des prérogatives de chacun de ses membres et de respecter, en même temps que les nécessités du progrès social, des usages légaux vieux de plusieurs siècles. Le législateur, au contraire, sous l'influence des nouveaux principes (1), se lança dans la voie de l'individualisme à outrance. Il adopta un système trop absolu, qui heurtait de front les habitudes du du passé et surenchérissait sur les idées nouvelles.

Les hommes de la Révolution, en effet, ne se bornèrent pas à toucher aux points le plus vivement critiqués, tels que la laïcité du mariage ou le divorce, dont les ouvrages philosophiques du XVIII[e] siècle et l'existence, en France, de nombreux citoyens non catholiques avaient fait une nécessité d'ordre social (2). Désireux d'édicter un ensemble de prescriptions conformes à leur idéal, ils modifièrent les bases traditionnelles de la famille, lorsqu'elles leur parurent contraires aux deux principes dont ils poursuivaient

(1) L'abbé Grégoire déclarait à la Convention, le 16 prairial an II : « La probité, la vertu sont à l'ordre du jour et cet ordre du jour doit être éternel. »

2) « De si nombreux scandales s'étaient produits, qu'il devenait impossible d'admettre qu'une femme dévergondée pût traîner impunément dans la boue le nom de son mari, sous prétexte d'indissolubilité d'un lien qu'elle ne respectait plus. » Centenaire du Code civil, p. 271.

partout la réalisation : l'égalité et la liberté individuelle.

Ils agirent ainsi à l'égard du divorce, moins désireux, quant à lui, de confirmer un état de mœurs existant, que soucieux d'assurer le respect de la liberté des individus (1). L'union de l'homme et de la femme n'était plus, à leurs yeux, une association indissoluble, mais un lien qu'il devait être aussi facile de rompre que de former. De là le divorce par consentement mutuel, pour incompatibilité d'humeur, et les moyens, sans cesse plus prompts et de moins en moins formalistes, admis par eux pour le réaliser (2).

Leur procédé fut le même à l'égard des autres droits de famille.

Pour la puissance paternelle ou maritale, par exemple, ils n'hésitèrent pas à faire litière des vieux principes, en vue de ramener ces institutions à l'idéal égalitaire que, bon gré, mal gré, ils tenaient à faire passer dans les mœurs (3). Leurs tentatives restèrent, toutefois, à l'état de projet et des innovations telles que l'égalité des époux dans la direction de l'association conjugale ou le tribunal de famille, réminiscence des assemblées romaines des *propinqui*, ne reçurent pas d'application dans la pratique. Par contre, les enfants naturels bénéficièrent d'améliorations qui, pour avoir été de courte durée, n'en furent pas moins effectives. La famille naturelle fut traitée à l'égal de la famille légitime ; les droits conférés aux enfants légitimes, en matière successorale, le

(1) V. le préambule du décret des 20-25 septembre 1792, *supra*, p. 13, note 2. — Rappr. Fenet, t. IX, p. 141, 198.

(2) Centenaire du Code civil, p. 272.

(3) Voir, notamment, loi des 16-24 août 1790.

furent également aux enfants naturels par la loi du 12 brumaire an II, qui fit des deux sortes de filiation la source de la famille, tenant compte, en même temps que du lien juridique entre parents, des éléments de fait et donnant ainsi à la possession d'état un rôle considérable.

Cet effort vers l'individualisme était prématuré ; aussi les réformes qu'il amena n'eurent-elles qu'une durée éphémère. Il servit, en tous cas, à synthétiser des idées qui, éparses dans la littérature, ont progressivement cherché à pénétrer la législation moderne.

La génération de 1804 n'était pas encore prête à s'accommoder de toutes ces innovations. Le Code civil ne conserva que celles qui choquaient le moins les conceptions du moment. Il voulut constituer un corps de législation homogène, conforme à la fois aux mœurs traditionnelles et aux aspirations libérales des temps nouveaux.

Et d'abord il ne revint pas sur la sécularisation du mariage, conséquence de l'indépendance de la loi vis-à-vis de la religion, et admit la laïcité des formes destinées à le réaliser. Il eût pu, sans doute, conserver son efficacité au mariage religieux, tout en le rendant facultatif (1) ; mais, en présence des divergences qui existaient entre les règles du droit civil et du droit ecclésiastique, au sujet de la formation ou de la rupture du lien matrimonial, il ne lui parut pas possible de faire produire les mêmes effets au mariage civil et au mariage simplement religieux. En réglementant, comme il le fit, cette matière, il se

1) Centenaire du Code civil, p. 274 et s.

préoccupa moins d'assurer la suprématie de l'Etat, que de venir en aide à la liberté de conscience, et il est certain que les dispositions qu'il a émises étaient les seules qui pouvaient convenablement permettre, à cette époque, de faire le départ nécessaire entre les droits des individus, ceux de l'Église et ceux de l'Etat.

De même qu'il consacra la sécularisation du mariage, le Code civil accepta le divorce, réprouvé aussi dans l'ancien droit. Les idées de liberté individuelle, répandues au temps de la Révolution, exerçaient encore à ce point leur influence, qu'il ne se trouva pas en état de réagir contre un usage si communément suivi depuis la loi de 1792 (1). Il dut pareillement faire leur part aux idées égalitaires et abandonner des pratiques qui avaient été vivement critiquées à la fin de la monarchie (droit d'aînesse ; inégalité des enfants, suivant le sexe, dans les partages). S'il poursuivit ainsi, en même temps, un but politique, par l'obstacle qu'il mettait à la reconstitution d'une puissante féodalité foncière, sa pensée dominante fut assurément (2) de sauvegarder les droits de l'individu au regard de la famille, à qui l'ancien régime n'avait pas craint de sacrifier les intérêts des filles et des puinés.

En ce qui touche la famille naturelle, les rédacteurs du Code civil procédèrent avec plus de réserve, moins soutenus ici par les mœurs et par l'opinion.

(1) Toutefois, dans le Code civil, les causes déterminées de divorce furent réduites à trois : le divorce pour incompatibilité d'humeur fut supprimé ; le divorce par consentement mutuel fut entouré de plus de garanties. La séparation de corps fut autorisée dans les mêmes cas que ceux où était permis le divorce pour cause déterminée.

(2) Fenet, XII, p. 181.

Tout en concédant aux enfants naturels une aptitude successorale plus large que dans l'ancien droit, ils ne les gratifièrent pas d'une égalité absolue avec les enfants légitimes. S'ils leur attribuèrent quelques droits d'ordre pécuniaire, particulièrement sur la succession de leurs ascendants, ils ne les regardèrent pas moins comme des étrangers, comme des « témoins odieux » (1), contre qui se justifiaient toutes les défiances. De là les restrictions nombreuses dont ils entourèrent la preuve de la filiation naturelle (nécessité d'une preuve écrite, inefficacité de la possession d'état, notamment).

Après avoir adopté, en les atténuant, les réformes de la période révolutionnaire que nous venons d'énoncer, les rédacteurs du Code déférèrent pour le surplus aux tendances générales de l'ancienne France et maintinrent dans une assez large mesure tant le principe d'autorité des ascendants, que la puissance du mari vis-à-vis de sa femme et de ses enfants.

On voit, par ce qui précède, que le Code civil, en s'efforçant de concilier les vieilles tendances de jadis avec les aspirations de liberté et d'égalité qui procédaient de la Révolution, s'était surtout préoccupé de mettre ses prescriptions en harmonie avec les mœurs ; aussi le droit de famille, par lui réglé, s'est-il longtemps maintenu, alors que la législation intermédiaire, trop radicalement réformiste, s'était rapidement effondrée sous les coups de l'opinion.

Cependant ce droit portait en lui-même le germe de l'évolution qui l'attendait. Le législateur ayant admis, en principe, l'extension des prérogatives indi-

1 Fenet, X, p. 154.

viduelles à l'encontre de la famille, son œuvre devait comporter des retouches au fur et à mesure que les mœurs favoriseraient davantage les tendances individualistes. C'est ce qui s'est produit.

Malgré la modération que le Code avait pris soin de garder dans les réformes accomplies, celles-ci n'avaient pas réuni tous les suffrages. Jugées insuffisantes par les partis avancés, malgré leur satisfaction de voir conserver dans la loi des dispositions sur le maintien desquelles la nouvelle constitution politique pouvait leur inspirer des doutes, elles étaient trouvées excessives par les amis du passé et des lois de l'Église.

Ceux-ci sentaient très bien qu'il ne leur restait plus qu'une chance de rétablir le respect de la tradition, l'indissolubilité du mariage, l'esprit de soumission et d'obéissance, c'était la suppression définitive de tous les progrès réalisés en faveur de l'individu par rapport à la famille.

Leur but fut partiellement atteint sous la Restauration, où le divorce fut aboli (1). Mais ce succès, en raison du progrès des temps, ne pouvait être que momentané. Les esprits avancés n'attendaient que l'occasion de revenir à des réformes que la Restauration avait répudiées, mais qu'avait proclamées la Révolution française de laquelle ils se réclamaient. Après une série de propositions qui eurent des fortunes diverses, le rétablissement du divorce fut voté au mois de juillet 1884.

(1) V. lois du 8 mai 1816 sur l'abolition du divorce, du 17 mai 1826 sur les substitutions et les majorats : — d'autre part, Concordat de 1817, loi sur le sacrilège, etc. — La Restauration voulut mettre la loi civile d'accord avec les principes de la religion catholique, qui, d'après la

§ 2. — Extension prise au XIX[e] siècle par les droits de l'individu dans la famille ; influences diverses qui ont concouru a ce résultat.

Les hommes de progrès n'ont point renoncé à venir prendre dans la famille l'intérêt de l'individu et à faire pleinement reconnaître sa capacité juridique. Ce qu'ils veulent, c'est socialiser le droit. Or socialiser c'est faire œuvre d'intérêt social, soit en conférant à la société, pour le plus grand avantage de chacun, des prérogatives détenues par telle ou telle catégorie de ses membres (monopolisation des Banques, chemins de fer, mines), soit en améliorant directement la condition des individus (protection des travailleurs, des femmes, des enfants, assistance aux vieillards, infirmes ou incurables, etc.). A ce point de vue, M. Charmont a pu dire que socialiser le droit c'était « le rendre plus compréhensif, plus large qu'il n'était, l'étendre du riche au pauvre, du possédant au salarié, de l'homme à la femme, du père à l'enfant ; pour tout dire, l'admettre au profit de tous les membres de la société,... la socialisation apparaissant dans l'avenir comme un progrès continu dont le dernier terme nous échappe (1). » Spécialement, socialiser le droit de famille, c'est, dans l'association familiale, étendre de plus en plus les prérogatives de l'individu par une diminution progressive de

charte de 1814, était la religion de l'Etat (E. Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, p. 266 et s. — Bureau, *Loc. cit.*, p. 209 .

(1) Charmont, *Socialisation du droit*, tirage spécial, p. 1 (incorporé dans l'ouvrage : « *le Droit et l'esprit démocratique*.) »

celles que le groupe lui-même ou le chef du groupe s'étaient arrogées sous l'influence des mœurs. — Voilà l'œuvre qui s'accomplit à travers le temps et qui s'analyse en une marche ascendante vers l'individualisme.

C'est là, du reste, un mouvement qu'il serait inexact de considérer comme spécial au droit de famille et sans rapport avec les progrès accomplis dans les autres parties de notre législation. Le conflit entre les tendances morales et les sentiments égoïstes n'est ni limité dans le temps, ni cantonné à un point particulier du droit (1). L'histoire nous montre une série de phases de la vie sociale, où la législation s'est successivement trouvée modifiée. Chaque époque nouvelle s'efforce d'effacer plus complètement la trace des violences, des faits d'exploitation ou de domination brutale qui ont pu exister dans le passé et d'établir des rapports économiques meilleurs entre les différentes classes (2). Sous l'influence des mœurs, les lois se sont humanisées (3).

Les progrès économiques, cependant, ne s'étaient pas suffisamment accusés, au cours des périodes antérieures, pour comporter, comme à l'heure actuelle, une refonte générale de la législation. Si, dans un état social primitif, la force est mise au ser-

(1) « La question à l'ordre du jour est, au point de vue social, la lutte de certaines aspirations idéales de justice et de morale, qu'elles se présentent sous une forme nette ou vague, qu'elles soient prématurées ou non, avec les exigences des classes possédantes qui veulent, avant tout, ne pas être dérangées dans leur quiétude. » (Schmoller, *Politique sociale et économie politique*, p. 3.)

(2) Constantin Rossler, *Zeitschrift für preussische Geschichte*, XI, p. 340. — Cité par Schmoller, *loc. cit.*, p. 24.

(3) Charmont. — *Loc. cit.*, p. 16.

vice de l'injustice, il n'en peut plus être de même dès que les hommes ont acquis une conscience complète de leurs droits et de leurs devoirs. A mesure que s'abaissent les barrières de l'ignorance, on s'avance plus délibérément vers l'égalité et vers la justice. Sans doute les intérêts mènent le monde, mais il est nécessaire aux hommes de mettre d'accord leur raison et leur intérêt. Eux-mêmes éprouvent le besoin de légitimer leurs prétentions « en les adaptant à un idéal qui est, à l'heure actuelle, la faculté, égale pour tous les individus de la société, de vivre et d'agir » (1).

La conséquence naturelle de ces tendances est d'élargir le domaine du droit, tantôt en transformant en obligations positives de simples obligations naturelles, tantôt en créant de nouvelles causes de responsabilité, tantôt en modifiant les rapports qui s'établissent entre particuliers ou entre particuliers et collectivités.

Dans l'ordre économique, surtout, les modifications du droit ont été sensibles. De nombreux actes législatifs ont été promulgués depuis un demi-siècle. Les lois sur le commerce des vins et des spiritueux, sur la répression des fraudes en matière de vente de marchandises sont encore récentes. D'autres s'élaborent pour atteindre des délits nouveaux (lois sur les agissements des agents d'affaires et boursiers). Par là se trouve assurée la protection de citoyens qui seraient impuissants à se défendre eux-mêmes. En ce qui touche spécialement le contrat de travail, des règles nouvelles sont venues donner une physio-

(1) Charmont. — *Loc. cit.*, p. 18.

nomie tout autre que précédemment aux relations de patron à ouvrier. Le travailleur a obtenu des garanties et une protection qui lui manquaient. On sent que le législateur, sans vouloir favoriser une classe au détriment de l'autre, inclinerait plus volontiers du côté de l'employé que de l'employeur, pour compenser l'inégalité économique des deux contractants. Il semble que, si un sacrifice s'impose, c'est plutôt à la classe supérieure à le consentir qu'à l'autre, comme mieux en état de le supporter (1). On veut faire prévaloir, avant tout, l'intérêt social.

Dans la pratique, on verra se réaliser cette conception, soit, avec le concours du législateur, par la substitution de rapports collectifs aux rapports individuels, soit, avec l'aide des tribunaux, par une interprétation plus large de la loi ou une plus grande facilité à admettre certaines preuves (art. 1382, C. c.; théorie de la cause illicite ou immorale).

La propriété qui, à certains égards, se rattache aux questions d'ordre économique devient, de son côté, chaque jour plus accessible aux humbles (constitution du bien de famille, *homesteadt*) (2). En même temps, par une contradiction qui n'est qu'apparente, car il s'agit toujours d'en faire profiter ceux qui en sont privés, au lieu de rester individuelle et libre, la propriété a une tendance à devenir collective. L'Etat, sous l'impulsion des idées socialistes, pourra bientôt vouloir détenir et exploiter les richesses nationales dans l'intérêt de tous.

Si, du domaine du droit civil, nous passons à celui

(1) Schmoller. — *Loc. cit.*, p. 105.
(2) Planiol. — *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 72.

de la procédure, nous y constatons le même souci de protection des intérêts individuels. Une circulaire ministérielle de 1908 a prescrit aux hommes d'affaires de rédiger leurs actes en style clair, même de joindre à certains d'entre eux des remarques pour renseigner les plaideurs (notes marginales des citations, au sujet de l'assistance judiciaire, des défauts, etc.). Ce qui préoccupe, avant tout, c'est le respect de la personnalité humaine, le besoin de venir en aide aux déshérités.

Le droit pénal n'est pas, non plus, demeuré étranger à ce mouvement, de caractère individualiste, qui prend à tâche la défense des faibles. Une série de dispositions ont été votées, qui justifieraient, au besoin, le fameux aphorisme d'Ihering : « L'histoire de la peine est une abolition constante. » A titre d'exemple nous citerons : le *sursis*, introduit en France par la loi du 26 mars 1891, puis étendu aux faits militaires, en temps de paix, le 28 juillet 1904, et aux pénalités prononcées en matière de contributions indirectes, le 6 août 1905 ; les *circonstances atténuantes*, limitées à certaines peines correctionnelles par le Code de 1810, généralisées par les lois de 1824, 1832, 1888 et admises, pour les faits militaires en temps de paix, par la loi du 19 juillet 1901, ainsi que pour les infractions poursuivies par la Régie (loi du 6 août 1905) ; la *libération conditionnelle* (loi du 14 août 1885) ; les *nouvelles règles* édictées pour la délivrance aux particuliers des *extraits du casier judiciaire* (bulletin 3 ; lois des 5 août 1895 et 11 juillet 1900). En outre, le besoin d'égalité entre les diverses classes sociales, dont les plus humbles se trouvent plus exposées à subir les effets de certaines mesures

rigoureuses, a reçu partiellement satisfaction dans la loi du 22 juillet 1867, qui a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale et permis, en matière pénale, d'en réduire de moitié la durée, sur le vu de certificats d'indigence.

L'instruction criminelle, enfin, a subi l'influence des idées nouvelles. La loi du 8 décembre 1897, sur l'instruction préparatoire, en est la preuve, ainsi que la loi du 6 août 1905 qui, en rendant applicable, par son art. 27, à la procédure d'appel en matière de Contributions indirectes, l'art. 203 du Code d'instruction criminelle, témoigne, chez le législateur, d'un désir d'unification des formes de procédure, pour en faciliter l'usage.

Nous pourrions insister davantage, mais il nous semble avoir suffisamment démontré que le mouvement de socialisation du droit est d'ordre général. C'est, néanmoins, parce qu'il s'est tout particulièrement affirmé à propos du droit de famille, qu'il nous a paru intéressant d'en entreprendre l'étude à ce point de vue.

Certes, les progrès réalisés ici ont été lents. Un des obstacles qu'ils ont rencontrés, non le moindre, est la crainte que, dans la famille, ne se produise une trop grande ingérence de l'État (1), dont l'intervention est souvent nécessaire pour assurer aux individus leurs légitimes droits. Beaucoup redoutent, à cet égard, l'exagération des tendances socialistes. Habitués à voir le principe d'autorité régir, depuis de longs siècles, l'organisation familiale, parfois appelés à en profiter, ils acceptent difficilement qu'on

(1) Gide. — *Précis d'économie politique*, 8e édit., p. 157.— V. aussi Charmont, *loc. cit.*, p. 6.

veuille y apporter des restrictions. En dépit, pourtant, de ces appréhensions et malgré les influences politiques, sociales ou religieuses qui, s'exerçant en sens divers, ont pu contrarier ce mouvement, l'extension des droits individuels dans la famille se poursuit d'une façon constante, sous l'action des facteurs les plus variés. « C'est que, suivant une judicieuse remarque (1), le Droit ne peut être le simple produit d'un principe unique, si large et si compréhensif qu'on le fasse. Il est, sous le point de vue qui lui est propre, l'expression d'une réalité puissante, qui n'est autre que la vie, et les facteurs de sa formation et de son développement sont ceux-là mêmes qui déterminent l'évolution de la vie sociale tout entière. Il est conditionné par tout le milieu physique et social dans lequel il se produit, qui, en même temps qu'il lui impose, par les éléments fixes qu'il contient, certaines directions nécessaires, provoque, par ses modifications et ses transformations successives, son évolution progressive. »

De tous les facteurs qui tendent au développement des droits individuels dans la famille, nous ne mentionnerons ici que les plus importants. Ils tirent leur origine : les uns, des tendances égalitaires issues de la Révolution française; les autres, du goût des hommes d'étude pour l'observation sociale.

Nous ne reviendrons pas sur la part considérable qui appartient aux idées égalitaires dans l'évolution des droits de famille. Ayant déjà signalé leur influence (2), destinée à s'exercer encore, nous insis-

(1) L. Tanon. — *L'évolution du Droit et la conscience sociale.* Paris, Alcan, 1905, 2e édit.

(2) Supra, p. 14 et s.

terons de préférence sur les effets de l'observation sociale. C'est en étudiant attentivement la vie des hommes en société, en se pénétrant soigneusement des besoins et des aspirations de son époque, qu'on peut hâter la disparition d'un régime légal qui a cessé d'être en rapport avec les mœurs (1).

Chez nous le régime de la grande industrie a donné naissance à une série de phénomènes (accumulation des populations dans les villes au détriment des campagnes, déplacement rapide de l'ouvrier d'un point sur un autre du territoire, disparition de la classe moyenne, écrasée entre le riche industriel et le travailleur aisé) qui devaient avoir leur répercussion dans le droit, notamment en ce qui touche la famille, tout spécialement atteinte par ces transformations. Le groupe familial n'offre plus, en effet, au même degré que sous l'ancien droit, l'aspect d'une petite société unie, compacte, sédentaire : il se présente, désormais, avec un caractère de plus en plus individualiste. Chacun de ses membres, par suite des nécessités du jour, a besoin de la plus entière indépendance ; il est naturel que cette indépendance de la vie sociale ait son correspondant dans la vie juridique. Ainsi le facteur économique vient jouer son rôle dans la famille, pour l'émancipation légale de l'individu, et c'est la méthode d'observation qui nous permet de nous en rendre compte.

Cette méthode nous amène à dégager un autre puissant stimulant, vers l'individualisme, de l'activité familiale : le sentimentalisme.

(1) « Les juristes, dit M. Charmont, s'aperçoivent que le droit n'est pas seulement une œuvre d'abstraction et de raisonnement, qu'il est mêlé à la vie, l'influençant, influencé par elle. » (*Loc. cit.*, p. 13.)

Tout homme, pour peu qu'il soit moral, éprouve de la satisfaction à faire le bien et souffre des torts causés à autrui, car il existe généralement en nous une sorte d'aspiration vers un idéal de bonté, de solidarité et de justice.

Nous voulons assurer à chacun ses droits, à mesure que nous comprenons mieux ce qu'ils doivent être. Nous sommes pris de sympathie pour ceux qui souffrent ou dont les prérogatives sont méconnues. C'est ce sentiment qui nous porte à rechercher l'affranchissement de l'individu dans la famille. « Il n'est pas douteux, dit M. Tarde, que la culture de l'esprit, poussée à un certain degré, ait pour effet direct d'étendre et de creuser le champ des impressionnabilités douloureuses et sympathiques, donc des généreuses affections. Et par là, elle est certainement moralisatrice, puisque après tout, à la base de l'idée morale, l'argument le plus solide et le plus convaincant... c'est la pitié, c'est la bonté, c'est l'amour » (1).

Sans doute, le sentimentalisme peut être fluctuant et irréfléchi. On le voit, dans la législation intermédiaire, tantôt priver le père du droit de disposer de sa succession (loi du 7 mars 1793), tantôt faciliter le divorce (loi du 20 septembre 1792), c'est-à-dire tendre, dans le premier cas, à fortifier les rapports de famille ; dans le second, à les affaiblir. Parfois il manque de mesure, comme lorsqu'il suggère la loi du 5 brumaire an I, qui déclare rétroactivement annulés tous les partages faits depuis 1789. Mais, quelles que soient ses contradictions, il n'en répond

(1) Tarde. — *Criminalité comparée*. Paris, Alcan.

pas moins à une haute pensée morale, en nous poussant, sous l'influence d'idées altruistes, à faire respecter, dans la famille en particulier, les droits de l'individu (1). Le législateur moderne s'en est inspiré, ainsi qu'en témoignent des lois récentes (lois du 25 mars 1896, relative aux droits de l'enfant naturel sur la succession de ses auteurs, du 21 juin 1907 sur le mariage, du 13 juillet 1907 sur le salaire de la femme mariée).

Les tendances égalitaires et la méthode d'observation (qui met en évidence le rôle du facteur économique et du sentimentalisme) ne sont pas les seules raisons de l'évolution du droit de famille vers l'individualisme. Il en est d'autres, en tête desquelles peut figurer le socialisme, envisagé comme théorie économique ou comme doctrine politique.

A l'égal du sentimentalisme, le socialisme a d'étroits rapports avec la morale qui, malgré tout, influence les directeurs de sociétés humaines. « Le socialisme, a écrit M. Jaurès (2), n'a pas besoin

1) «...A la ville et à la campagne, les membres de la famille ouvrière commencent à ne plus être considérés comme de simples machines à produire la richesse, et ils s'élèvent insensiblement à une condition plus conforme à la dignité humaine. La femme trouve plus de respect de sa personne et de ses intérêts, le mari n'est plus autorisé à la considérer comme une inférieure ou une servante, exposée parfois aux brutalités les plus odieuses et soumise toujours à une domination qui, pour être souvent protectrice, n'en est pas moins humiliante. Le droit de l'enfant au développement de ses énergies physiques et de ses facultés intellectuelles et morales est mieux défendu et contre la misère qui étiole la santé et anémie le corps, et contre les parents, qui oublient parfois que la puissance paternelle est une charge et non pas une prérogative derrière laquelle se peuvent embusquer l'apathie ou l'égoïsme. » (Paul Bureau, *loc. cit.*, p. 2.

2) Benoît Malon. — *La morale sociale ;* introduction par M. Jaurès, (Girard et Brière, 1887, p. IV.

d'allumer sa lanterne pour aller à la recherche d'une morale ; il est déjà, en lui-même et par lui-même, une morale. Il l'est théoriquement et pratiquement...; pratiquement il développe l'idée de solidarité...» On comprend l'action exercée de nos jours, dans tous les milieux, par cette thèse sociale et comment la loi, qui suit les mœurs, s'en est, à son tour, laissée pénétrer. Le droit de famille, base des anciennes sociétés, devait surtout en recevoir le contrecoup. Dès lors que les conditions du bien-être individuel coïncident avec celles du bien-être social, il devient naturel de tirer de cette concordance un argument en faveur du développement des droits de l'individu, puisque ce développement a pour but et pour résultat l'intérêt social, le plus grand bien de tous (1). C'est ainsi qu'on s'est progressivement efforcé de se rapprocher, sans y être encore pleinement parvenu, de l'idéal socialiste de la famille.

L'origine du mouvement qui s'accomplit sur ce point pourrait être recherchée dans les tendances philosophiques et politiques de la fin du XVIII^e^ siècle. Il suffira d'en saisir la trace au moment où le socialisme, prenant l'allure d'une doctrine scientifique, a commencé à influencer les théories du droit (2).

Jusqu'en 1847, on n'avait connu, dit M. Gide (3), que « deux catégories de socialistes : les socialistes dits utopistes, qui ne voulaient recourir qu'à la persuasion et déroulaient sous nos yeux les tableaux,

(1) Gabriel Deville, *Principes socialistes*, p. 68.

(2) Charmont, *loc. cit.*, p. 8. — Le savant professeur voit une des principales causes de la pénétration du droit par le socialisme dans l'avènement de l'ère scientifique de cette doctrine.

(3) Gide. — *Revue d'économie politique*, 1^re^ année, p. 82.

plus ou moins captivants, d'un monde où ils voulaient nous conduire la main dans la main ; les socialistes révolutionnaires, qui ne comptaient que sur la force pour briser les résistances de l'ordre social actuel et voulaient nous pousser à coups de crosse de fusil vers la terre promise. » Mais en 1847, avec le manifeste communiste de Karl-Marx et F. Engels, apparaît un socialisme qui prétend donner une base scientifique à sa doctrine. Celui-ci considère comme une loi historique « que l'organisation sociale est déterminée par le mode de production économique et la lutte des classes. Partout se sont constituées deux catégories d'hommes : celle qui procure la plus-value et celle qui en profite ; la classe exploitée et la classe dirigeante. La classe dirigeante est celle qui possède les moyens d'imposer sa suprématie, moyens qui ont varié suivant les temps et les pays » (1) . Cette suprématie n'étant principalement faite que de l'ignorance dans laquelle est tenue la classe assujettie et de la crainte qu'on lui inspire, on cherche, prétend la même doctrine, à persuader à cette classe que la servitude dans laquelle on la tient procède, non d'une exploitation arbitraire, mais de nécessités économiques ou sociales. On érige, vis-à-vis d'elle, en vertu (2) l'acceptation de faits sociaux tels que la loi, la morale, la religion, simples « conceptions stratégiques » (3)

1 Charmont. — *Loc. cit.*

(2) « La vertu est conçue comme une disposition primordiale de l'âme à accepter pleinement et loyalement l'état de fait que chacun trouve à sa naissance. Respecter ce qui est « établi, constitué », concourir à sa « conservation », l'affermir s'il vient à être ébranlé, le « restaurer » s'il a été détruit par des mains orgueilleuses, telle est la forme la plus haute de la vertu. » (Paul Bureau., *loc. cit.*, p. 185.)

3 J. Guesde. — *Etat politique et moral de classe. — La Vertu au* XX^e^ *siècle*, p. 287.

destinées à voiler, au regard de l'être inférieur, la chaîne dont on le charge.

Il n'est pas surprenant que le Code civil soit apparu aux partisans d'une semblable théorie, qui repose sur l'antagonisme des classes, comme un Code bourgeois, ou, selon Karl-Marx (1), comme « le Code de la saisie, de la subhastation, de la licitation forcée ». Il réalise à leurs yeux l'oppression du faible par le fort, du pauvre par le riche (2). Dans le droit de famille, les effets s'en font sentir de l'homme sur la femme, des parents sur les enfants, même parvenus à un âge déjà avancé, des tuteurs sur leurs pupilles, des parents légitimes sur les parents naturels. L'autorité du père, la soumission de la femme et des enfants, la prédominance de la famille légitime sur la famille naturelle, voilà les bases sur lesquelles repose l'organisation familiale. L'interdiction de la recherche de la paternité en découle ; le riche pourra se ménager, au sein du prolétariat, des amours passagères, des suites desquelles la loi ne le rendra pas responsable. En sont encore une conséquence les formalités relatives à la tutelle, longues, onéreuses et peu faites, par leurs complications, pour le modeste ouvrier ; de même, les règles du mariage, où se retrouve une égale absence de préoccupation des intérêts, des besoins, des conditions d'existence des humbles, et celles concernant les prodigues ou ayant trait aux successions naturelles. D'où les théoriciens du socialisme scientifique concluent à la nécessité de faire disparaître de la loi toutes ces inégalités.

(1) Karl-Marx. — *Lutte des classes en France*, traduc. Remy, p. 352.
(2) Andler. — *Préface du droit au produit intégral du travail*, de A. Merger, p. XV.

Comment comptent-ils y parvenir ? En garantissant à l'individu une somme de liberté plus grande, en affranchissant les classes inférieures, en restreignant les prérogatives des autres et, spécialement dans la famille, en limitant les pouvoirs du groupe ou du chef du groupe, afin d'étendre ceux des membres de cette petite société. Pour la réalisation de cette œuvre, ils entendent ne pas se borner à émettre des thèses doctrinales, mais chercher, à l'aide de la politique, à faire passer leurs conceptions théoriques dans le domaine des faits.

Les partis politiques avancés, sur lesquels agit le socialisme, considèrent volontiers, en effet, que toutes les formes anciennes de l'organisation sociale sont imprégnées d'un esprit d'autoritarisme, qui cadre mal avec les aspirations modernes vers un idéal démocratique. Ils s'en prennent à tout ce qui leur offre l'apparence d'un vestige du passé, particulièrement à la famille, où les pouvoirs dévolus au père et au mari leur paraissent excessifs. N'oubliant pas que c'est au droit canon que l'Etat a emprunté une bonne partie de ses dispositions sur l'organisation familiale, il leur semble, comme, à maintes reprises, l'Etat a eu avec l'Eglise de graves conflits intérieurs, que favoriser l'émancipation des membres de la famille, c'est soutenir l'Etat dans sa lutte contre l'Eglise et les puissances oppressives de jadis. Ils en viennent ainsi à solliciter des réformes qui contribuent à l'évolution du droit de famille dans notre temps.

Ces facteurs divers n'auraient pas eu autant d'action, sans les grands progrès intellectuels de la société contemporaine. Les méthodes d'enseignement trans-

formées ont largement ouvert les horizons de l'esprit de notre population scolaire. Tandis que les filles ne recevaient jadis qu'un vernis brillant et peu profond, que l'instruction était à peine répandue dans les milieux populaires, une véritable émulation s'est établie, de nos jours, entre les sexes, de même qu'entre les différentes classes sociales. La femme s'est élevée, par l'étude, au niveau de l'homme, et le nombre toujours croissant des gens instruits marque un progrès qui constitue encore un facteur de l'émancipation individuelle (1). Grâce à l'école, à la conférence, à la presse, ceux des membres de la famille, qui n'avaient joué jusqu'ici qu'un rôle passif au foyer, ont pris conscience de leurs droits et aspirent à en avoir la jouissance. De là les revendications qui se produisent, notamment dans le camp féministe.

La littérature, surtout, exerce une action favorable au mouvement dont nous énumérons les causes. Les écrits sur la famille abondent, sous forme soit de romans, soit de pièces de théâtre, d'articles de journaux ou de revues, soit même de traités doctrinaux. De ces œuvres, certaines visent un point déterminé du droit de famille, d'autres ont une portée générale (2). Nous en reparlerons au cours de nos développements, ne voulant signaler ici que leur fonction de vulgarisation, qui a été considérable. C'est

(1) L'ignorance prédisposait jadis, dans la famille, la femme, les enfants à la docile soumission qu'on attendait d'eux. Les lois des 16 juin 1881, 28 mars 1882 et 30 octobre 1886, en édictant la gratuité, l'obligation et la laïcité de l'enseignement primaire, ont puissamment concouru à élever le niveau des intelligences.

(2) P. ex. *Femmes nouvelles*, de Paul et Victor Margueritte.

par elle que se sont manifestées les premières réclamations contre l'arbitraire familial (1).

Tous les facteurs, que nous venons de passer en revue, de la socialisation croissante du droit de famille, ont concouru à ce but commun : la protection de l'individu au sein du groupe, par la diminution progressive des prérogatives de la famille, par rapport à chacun de ses membres, et la reconnaissance, au profit de ceux-ci, des droits qui doivent leur appartenir (2).

L'existence de la famille naturelle, à côté de la famille légitime, est un fait qui s'impose. On ne peut sans injustice feindre de l'ignorer et laisser, pour simple tare originelle, toute une intéressante catégorie de citoyens en dehors de nos classements sociaux. A ces déshérités d'un ordre spécial, il était nécessaire de venir en aide. Aussi tend-on de plus en plus à leur reconnaître les droits qui leur reviennent de par la nature, en les admettant, par exemple, à la recherche de la paternité et assimilant graduellement leur situation à celle des membres de la famille légitime. De jour en jour s'efface davantage le caractère anormal qu'on attribuait autrefois à la parenté naturelle.

L'évolution de l'organisation de la famille, que nous nous proposons d'étudier, a déjà donné lieu à des réformes importantes. D'autres sont encore en projet. C'est l'ensemble de ces améliorations que nous allons

(1) Il est possible de voir, dans telle œuvre satirique ancienne (de Plaute, de Molière, etc.), une critique de la conception qu'on avait jadis de la famille.

(2) « Le mariage perd toute sa valeur sociale, s'il ne sauvegarde pas les droits de la femme et de l'enfant. » (Charmont, *loc. cit.*, p. 19.

envisager, non, comme nous l'avons dit, pour faire une étude approfondie des institutions qu'elles concernent (mariage, autorité maritale, puissance paternelle, etc.), mais pour mettre en relief les progrès dont, à notre époque, le droit de famille a été l'objet.

L'État n'étant pas demeuré étranger aux transformations survenues, nous devrons signaler l'étendue et la portée de son rôle. Nous verrons croître son ingérence, au fur et à mesure que la cohésion du groupement familial s'atténuera. La société humaine, en effet, se compose de forces qui s'opposent les unes aux autres et dont l'harmonie est nécessaire au bien-être de tous. Lorsque la stabilité du groupe familial se trouve compromise par l'excès possible de la liberté individuelle, l'État intervient pour faire contrepoids à cette force nouvelle et maintenir l'équilibre social, qui aurait risqué de se rompre (1).

L'examen de cette intervention formera la dernière partie de notre travail, où nous envisagerons successivement : l'évolution juridique de la famille légitime dans sa constitution et son existence, puis dans sa dissolution ; l'évolution de la famille naturelle ; enfin le rôle de l'État dans le mouvement qui s'est ainsi dessiné.

1. L'Etat obéit, en agissant ainsi, à une idée morale. La vie morale d'une Société sans laquelle toutes ces modifications demeureraient stériles) doit toujours être en fonction de la vie économique, sociale et intellectuelle du temps et du milieu, a dit P. Bureau, *loc. cit.*, p. 237. Plus loin, cet auteur ajoute : « Puisque la vie moderne accroît tous les jours les pouvoirs et la liberté des individus, et que, parallèlement, l'action des contrôles extérieurs (autorité familiale ou patronale, surveillance du voisinage, souci de l'opinion publique, répression des lois va s'atténuant sans cesse, il devient manifeste que la vie morale ne peut être considérée comme vraiment instituée dans l'individu et dans la société, qu'autant qu'elle pénètre les consciences et reçoit son développement du libre concours des volontés. » p. 261.

CHAPITRE PREMIER

LES TENDANCES INDIVIDUALISTES DANS LA FORMATION ET LA VIE DE LA FAMILLE LÉGITIME

L'exposé sommaire que nous avons donné des principes directeurs de l'œuvre du législateur de 1804 montre que le Code civil avait cherché à faire de la famille un groupement homogène, fortement organisé, reposant en grande partie sur l'autorité du père et protégé par des restrictions, aussi nombreuses que difficiles à justifier, contre les efforts d'intrusion des parents naturels.

Une telle législation pouvait convenir au Premier Empire, mais il a bientôt fallu compter avec les tendances individualistes qui se sont progressivement développées depuis lors.

Ces tendances ont particulièrement agi sur la fixation des règles modernes relatives à la formation et à la vie de la famille légitime. Aussi, est-ce à ce sujet que nous nous proposons d'en aborder l'étude en premier lieu. Toutefois, comme elles ont été favorisées par de multiples causes, déjà signalées dans notre introduction, nous croyons nécessaire

d'insister, au préalable, sur le rôle joué par celles de ces causes qui ont plus spécialement fait évoluer, vers l'individualisme, les dispositions légales concernant la formation de la famille légitime et ses conditions d'existence.

Section Première

Principaux facteurs du développement de l'individualisme dans la formation et la vie de la famille légitime.

Parmi les causes de transformation des idées anciennes sur la famille, les unes sont générales et concernent toutes les parties de notre sujet, d'autres, comme le féminisme, en apparence spéciales à certains points déterminés, par exemple aux rapports entre époux, n'en ont pas moins, en réalité, rayonné au delà de leur sphère. Nous allons les examiner successivement.

Deux principes, qui n'eurent guère de faveur dans l'ancien droit, la liberté et l'égalité, éclairent la législation intermédiaire. C'est sous leur influence que celle-ci restreignit le cadre de la famille au groupe des ascendants et des descendants, réduisit la place des collatéraux et donna une plus grande indépendance à chacun des membres de l'organisme familial.

Les rédacteurs du Code civil, obéissant à la pensée de leurs contemporains, encore émus des excès révolutionnaires, furent conduits, de leur côté, à

limiter le champ d'application des théories nouvelles. Ils n'en adoptèrent qu'une faible part (sécularisation du mariage, divorce, réglementation — mais adoucie — de l'autorité paternelle), se laissant guider plus par l'intérêt du groupement que par celui des individus. Ils auraient dû mieux équilibrer les rapports des parents et des enfants, ménager aussi à la femme un rôle plus important vis-à-vis de son époux.

Depuis 1801, les idées égalitaires ont largement progressé. Leur diffusion s'est produite partout : en politique, en sociologie, en législation. Le droit des personnes n'y pouvait rester étranger. C'est pourquoi on cherche à mettre chaque jour plus de justice dans la répartition des prérogatives individuelles.

Si les hommes étaient toujours pénétrés du sentiment de leur devoir, le législateur n'aurait pas à s'occuper de la famille. Mais il arrive souvent que des parents gênent les projets matrimoniaux de leurs enfants, abusent de leur autorité et ne sont pas plus dignes du rôle d'éducateurs qui leur est dévolu, que de la situation d'époux qu'ils ont recherchée. La loi devait, en pareil cas, prendre la défense des faibles, à la fois au nom de la liberté et de l'égalité.

Pour la liberté, cela ne fait aucun doute, car la famille doit être, non seulement une République, où chacun apporte l'appoint de sa bonne volonté, de son intelligence et de son travail, mais aussi une protectrice, qui manquerait à sa fonction, si elle n'accordait à tous la plus grande facilité pour se développer. Or il n'en peut pas être ainsi, lorsque l'autorité du père ou du mari s'exerçe d'une façon arbitraire. De là le besoin de restreindre cette autorité, pour ména-

ger aux divers membres de la famille des droits, dont leurs bonnes relations quotidiennes les empêcheront de mésuser et qui seront comme un remède trouvé à des situations insolubles ou dangereuses.

L'égalité, aussi, mérite d'être introduite par le législateur dans la famille. Elle procurera aux époux plus d'indépendance réciproque et, bien que cela semble un paradoxe, affermira leur intimité. On serait dans l'erreur de croire que les bonnes relations entre époux découlent de la force de la loi. Lorqu'il est nécessaire de faire appel à celle-ci, à la suite de dissentiments conjugaux, il est généralement trop tard pour qu'on puisse espérer rétablir, dans la vie de famille, l'unité et l'affection qui ont cessé d'y exister.

Ce que nous disons des rapports des époux entre eux s'applique également aux relations de parents à enfants. On réclame tous les jours, au nom du *droit des enfants*, des garanties pour ces derniers et des restrictions sans cesse plus nombreuses aux prérogatives de leurs auteurs. C'est une aspiration qui surprend au premier abord. On se l'explique, néanmoins, en réfléchissant que, lorsque les enfants en sont réduits, pour s'abriter contre les excès d'autorité des parents, à invoquer le secours de la loi, c'est que, les cœurs s'étant aigris, le lien du sang ne suffit plus à maintenir au foyer cette affectueuse tendresse qui prévenait tout dissentiment. On pense, alors, qu'il est préférable de faire de plus larges concessions aux enfants, afin d'éviter qu'ils aient recours à la justice, ce qui offre parfois un caractère injurieux.

Pour mieux soutenir leur thèse, les adeptes des idées nouvelles recourent à l'histoire. Ils insistent

sur les abus d'autorité que peuvent commettre les ascendants ou les maris et n'ont aucune peine à faire, entre ces excès et certains usages de l'ancien droit (1), des rapprochements qui sont loin d'être en faveur des doctrines du Code. Cela, joint à une certaine aversion pour l'esprit de tradition, qui anime bon nombre de nos contemporains (2), pousse fatalement le droit de famille vers une réglementation plus libérale.

Le socialisme, lui aussi, vient exercer son influence sur l'évolution individualiste du droit de famille. Son but n'est-il pas l'accroissement des forces collectives par le progrès des individualités ? L'Etat a besoin que les individus ne soient pas gênés dans leur expansion naturelle ; qu'ils puissent librement développer leurs facultés, afin de concourir au bien-être général, en assurant leur bien-être particulier. Cette indépendance doit leur être laissée surtout dans la famille, ce qui implique des restrictions aux prérogatives de celle-ci. Il est vrai que l'intérêt de l'Etat est également invoqué par ceux qui veulent renforcer les liens de la famille et ceux qui demandent à les affaiblir. Mais ceci tient uniquement à ce que les conceptions sociales sont différentes de part et d'autre, les uns voyant dans la famille la base de l'État, les autres réduisant au contraire son rôle. Sans adopter aucune de ces opinions extrêmes, il paraît juste de favoriser, à notre époque, le développement des droits de l'individu dans le groupe des

(1) V. Bernard. — *Histoire de l'autorité paternelle en France*, p. 258-263.

(2) Conf. Charmont. — *L'esprit juriste* dans *Le Droit et l'esprit démocratique*.

parents, sauf à éviter les exagérations dont cette tendance pourrait être l'objet.

Les progrès économiques, à leur tour, ont contribué à cette évolution. La constante amélioration du machinisme et l'émigration des campagnes vers les villes ont transformé les conditions d'existence de la société. Elles ont eu pour conséquence d'attirer les parents vers des centres d'exploitation différents, de réduire au strict minimum les heures de vie commune du ménage et de relâcher, par suite de ces séparations matérielles, les liens moraux entre les membres de la famille. D'autre part, la formation de syndicats et d'organisations ouvrières a donné à chacun une conscience plus nette de ses droits. L'enfant qui a quitté le toit paternel ne se soucie plus de subir l'autorité du père, ni la femme de se voir dépossédée par son mari du maigre salaire qu'elle a péniblement gagné. Ainsi les changements économiques contribuent à la transformation du droit de famille.

La littérature n'a pas refusé son concours à ce mouvement si intéresssant. On en trouve la preuve à chaque instant, à propos, soit des rapports entre époux, soit du rôle de la femme, soit des rapports de parents à enfants Nous n'énumérerons pas les diverses œuvres qui ont effleuré ces sujets; il nous suffira de mettre en lumière les tendances principales qui s'en dégagent, nous réservant de revenir sur la littérature relative aux rapports entre époux, à l'occasion du féminisme. Pour ce qui est des rapports de parents à enfants, on en vient, dans le roman comme dans les ouvrages philosophiques, à réclamer pour l'enfant une sorte d'autonomie vis-à-vis

des parents. On ne reconnaît guère plus à ceux-ci, en dehors du droit au respect, à une certaine obéissance découlant de la piété filiale, que les prérogatives nécessaires à l'accomplissement de leurs devoirs. Un enfant, dit-on, n'est pas une chose dont on puisse disposer à son gré ; c'est un être moral qui, à ce titre, a des droits vis-à-vis de ceux qui lui ont donné la vie (1). Développant ces idées, de nombreux écrivains ont reproché au Code de consacrer l'autoritarisme paternel et l'insuffisante liberté des enfants au point de vue politique, éducatif et religieux (2). Tous les journaux, depuis un certain nombre d'années, se sont fait l'écho de ces critiques.

Les théories féministes, pas plus que la littérature, ne sont restées étrangères au mouvement que nous décrivons et où s'accusent les tendances individualistes. Sans remonter aux origines de la doctrine féministe et à ses tentatives du début du XIX^e^ siècle, avec Mme de Staël (3) et George Sand, nous dirons que ses premières années ont été particulièrement pénibles. Son premier Congrès international, qui se réunit à Paris en 1878, l'exposa aux critiques de moralistes austères et aux railleries des caricaturistes. Par sa persévérance, elle a su triompher de ses adversaires les plus déclarés. Après cinq congrès, tenus de 1878

(1) Janet. — *La famille* : — Sagnac. — *Législation civile de la Révolution Française* ; — Feuilloley. — *Discours de rentrée* 1901. — V. encore : *L'aînée*, de J. Lemaître.

(2) Citons, entre autres : *Petite amie*, de Brieux ; la *Marche nuptiale*, de Bataille, et un drame musical : *Louise*, de Charpentier.

(3) *Delphine ; Corine.* — On peut citer, parmi les précurseurs du féminisme. : Olympe de Gouges : *Déclaration des droits de la femme* ; Mary Wolston Craft : *Une revendication des droits de la femme* (1792) ; Hippel : *La grandeur d'âme inhérente à la femme.* — V. Ellen-Key, *loc. cit.*, p. 48 et s.

à 1900, dont deux à cette date (1), et la création de divers organes de presse (2) elle est devenue assez forte pour affirmer hautement ses prétentions.

Le féminisme a particulièrement protesté contre l'illogisme de l'organisation de la famille. Un de ses orateurs s'exprimait ainsi, à l'un des Congrès de Paris, en 1900 : « Napoléon jugea les femmes des êtres inférieurs et fit des lois destinées à les tenir en perpétuelle tutelle. Nous subissons encore ces lois ; nous ne voulons plus les subir. Elles ne répondent plus à l'état actuel. L'opinion publique a fait justice du plus grand nombre, et chaque jour les magistrats eux-mêmes, chargés de les appliquer, les violent ou les tournent en notre faveur (3). » Ces paroles de la directrice de la *Fronde* ne sont pas de simples affirmations, mais, dans une certaine mesure, l'expression de la réalité. On a peine à comprendre, en effet, la subordination complète de la femme, ou du moins, si on pouvait se l'expliquer il y a un siècle, à une époque où l'homme était regardé comme l'unique soutien de la famille, on ne peut la concevoir aujourd'hui. Contre la femme, on n'invoque jamais son infériorité physique, seule cause possible de sa différenciation sociale. On lui objecte seulement son insuffisance intellectuelle, son manque de sens de la vie pratique. Mais tout cela ne tient

(1) Un autre Congrès a eu lieu à Paris en 1908 ; on s'y est surtout occupé de questions d'ordre économique et politique.

(2) Les plus connus en France sont : *Le droit des femmes*, de Léon Richer (le premier paru) ; *La Fronde*, créée par Mme Marguerite Durand, après le Congrès de 1896.

(3) Rapport de Mme Marguerite Durand, p. 194 (Congrès de la condition et des droits de la femme).

qu'à un défaut d'exercice ou d'habitude (1), qui permet de justifier le maintien d'une situation aujourd'hui impossible à légitimer par le raisonnement.

Les progrès de la personnalité féminine sont favorisés aussi par l'évolution sociale. Nombreuses sont les femmes qui doivent suppléer par leur travail aux ressources pécuniaires que de mieux partagées trouvent dans l'union conjugale (2). Les mesures de protection prises par le législateur, pour ne pas laisser surcharger la femme au détriment des siens et lui assurer un loisir suffisant, ont évidemment en vue et doivent avoir pour résultat, non seulement de préserver sa santé, mais encore d'aider à son développement intellectuel et moral (3).

Puisque une culture générale étendue, que rien n'empêche de lui être commune avec l'homme (4),

(1) « Le sexe est une étiquette qui peut couvrir des marchandises bien différentes. Bien des hommes sont inférieurs au type moyen des femmes et réciproquement. Il importe de leur donner le même développement intellectuel et ainsi il y aura moins de femmes joujoux et moins d'hommes brutaux. Le corps social y gagnera. » Letourneau, *Condition de la femme*, p. 507-508.

2 « Toutes celles à qui les hasards de l'existence, le manque de chance et d'argent font rentrer leur envie de se marier, est-il bien juste de leur reprocher le louable effort qu'elles tentent pour se créer seules des ressources qu'elles ne demanderaient pas mieux de réaliser à deux. » P. et V. Margueritte. — *Jeunes filles*, p. 15 (supplément de l'*Illustration*).

(3) V. lois relatives à la limitation de la journée de travail des femmes dans l'industrie 2 novembre 1892, 30 mars 1900, et la loi du 13 juillet 1906, sur le repos hebdomadaire.

(4) *Congrès de la condition et des droits de la femme*, rap. de M. Harlor, p. 115. — Cette culture ne masculinisera pas la femme, en efféminant l'homme, comme on a pu le craindre. Elle aura pour effet, au contraire, de faire progresser chez chacun ses facultés propres, de donner à tous le moyen de se mieux connaître, apprécier et secourir.

L'éducation en commun est pratiquée dans certains pays (Angle-

est accessible à la femme, il serait illogique de ne conserver à celle-ci, après l'avoir pareillement développée, qu'un rang secondaire dans la société et dans la famille.

Il ne saurait y avoir d'inconvénient à en faire l'égale de celui qu'elle s'est choisi pour époux. La famille n'y peut rien perdre en dignité, l'harmonie du ménage doit y gagner (1). L'intérêt du progrès humain exige que les deux sexes soient mis sur le même pied dans la vie (2). C'est ainsi que, particulièrement dans la famille, la femme voit proclamer à son profit l'intangibilité du droit individuel et que se dessine le rôle joué par les théories féministes dans l'extension de la doctrine individualiste.

terre, Amérique). En France, elle est admise pour l'enseignement supérieur ou artistique, et, dans les campagnes, pour l'enseignement primaire (écoles mixtes des communes à faible population scolaire). — *Congrès précité*, rapport de M. Marie, Léopold Lacourt, p. 159.

(1) Aux États-Unis et ailleurs, on a fait l'expérience de l'égalité des sexes dans le mariage. L'épouse y est une véritable compagne pour son mari, avec qui, souvent, elle a été élevée dès l'enfance. Leur union repose sur une estime et une affection mutuelles. V. rapp. Wolstenhœlme Elmy, p. 381 (*Congrès précité*), et p. 18 et 200.

La question de l'égalité des sexes a été traitée en France par Marcel Prévost (*Les vierges fortes*); P. et V. Margueritte (*Femmes nouvelles*); Jeanne Deflon (*Le sexualisme*). On peut encore citer divers essais intitulés : (*L'amour*) de Stendhal, de Stahl, de Michelet.

(2) Par là se justifie la création des groupements féministes de parents (déjà connus en Belgique qui s'efforcent de préparer l'éducation rationnelle des enfants, de disposer les jeunes filles aux œuvres de prévoyance, d'assistance et de mutualité, de développer chez elles le sens de la solidarité sociale (*Congrès précité*, rapport de Mlle Dulac, p. 153). Il devient nécessaire aussi d'apprendre aux filles une profession destinée à remplacer la dot, avec laquelle, de nos jours, peu d'entre elles auraient la possibilité de s'établir dans un milieu semblable à celui où leurs parents les avaient habituées à vivre (*Congrès des œuvres et institutions féminines*, rapport de Mlle Aubry, p. 249. — V. aussi rapport Leduc, p. 745).

Les deux Congrès féministes tenus en 1900 se sont montrés sévères contre le Code. Ils ont proposé la modification de plusieurs de ses articles, dans une série de vœux dont quelques-uns nous semblent assez justes pour mériter d'être accueillis (1) et que nous allons résumer.

Les femmes demandent, d'une part, l'abrogation de tous les textes leur imposant l'obéissance au mari, diminuant leur capacité, en ce qui concerne la jouissance ou l'exercice des droits qui leur reviennent, créant entre les sexes une différence de traitement relativement aux devoirs conjugaux ; d'autre part, la consécration de droits égaux pour les deux sexes, au point de vue civil, civique et politique, la libre disposition de leur salaire (2), l'intervention du juge, comme médiateur, en cas de difficultés conjugales. Etendant ensuite le cercle de leurs prétentions au delà de leur propre intérêt, elles réclament la protection de l'enfant. Elles désirent voir substituer à la puissance du père une simple protection paternelle, confier le rôle d'arbitre à la justice dans les difficultés soulevées par l'exercice de cette protection, réglementer la jouissance légale, limiter les droits de la famille sur l'éducation et le travail de l'enfant. En résumé, ce que veut le féminisme, c'est la suppression de la puissance maritale et la transformation de l'autorité paternelle en une sorte de tutelle, toute en faveur de l'enfant; c'est l'égalité et, dans une plus large mesure qu'aujourd'hui, la liberté introduites dans le mariage et dans

(1) Congrès de la condition et des droits de la femme, p. 302.

(2) Satisfaction leur a été donnée, à cet égard, par la loi du 13 juillet 1907.

la famille. Il désire assurer à chacun des membres du groupe le maximum de droits compatibles avec la situation qu'il y occupe. Nous l'avons donc, avec raison, considéré comme l'un des plus importants facteurs de la marche, vers l'individualisme, du droit de famille dans notre temps.

Ayant ainsi passé en revue les principales causes du développement des tendances individualistes dans le domaine qui nous occupe, il nous incombe maintenant d'exposer l'évolution législative qui en résulte. Nous pourrons juger de son mérite et de son avenir probable.

Section II

Effets des tendances individualistes dans la formation et la vie de la famille légitime

Nous allons nous placer successivement au point de vue de la formation et de la vie de la famille légitime. Cela nous permettra d'envisager, dans un premier paragraphe, le mariage (contrat civil), dans un second, l'autorité maritale et la puissance paternelle. Nous consacrerons ensuite quelques mots aux conséquences de l'union conjugale par rapport au droit successoral.

Ces matières, d'apparence diverses, relevaient dans le Code des mêmes principes : l'autorité des ascendants et la cohésion de la famille. Issues d'une conception juridique identique, elles devaient néces-

sairement évoluer sous les mêmes impulsions. Il est donc naturel que nous les ayons rapprochées.

§ 1. — Formation de la famille légitime

La Constitution des 3-14 septembre 1791 (tit. II, art. 7) avait proclamé que la loi ne considérait le mariage que comme un contrat civil. Fidèles à cette idée, les rédacteurs du Code firent à leur tour abstraction, à ce sujet, des croyances religieuses. En conséquence, chacun est resté libre de faire bénir son union suivant les règles de sa religion, mais la validité civile du mariage dépend uniquement de l'observation des prescriptions des lois de l'Etat (1).

Ces prescriptions, le Code de 1801 les multiplia, pour fortifier les liens de famille, qu'avait, à son gré, laissé trop s'affaiblir le Droit intermédiaire. Il reprit bon nombre des dispositions de l'ancien Droit, non seulement sur le consentement des parents, les empêchements, etc., mais encore sur les formalités de la célébration du mariage.

(1) Seuls, les tribunaux séculiers sont compétents pour statuer sur cette validité. — V. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. V, § 449.

La bénédiction du mariage ne peut avoir lieu qu'après la célébration du mariage civil. La loi du 18 germinal an X art. 54 a bien été abrogée par la loi de séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905 ; mais les articles 199 et 200 C. pén. ont été maintenus (malgré un amendement de M. l'abbé Gayraud, proposant à la Chambre leur suppression) pour diverses raisons données par M. le Ministre des Cultes, notamment parce que ces textes n'étaient pas une conséquence nécessaire de l'organisation officielle des cultes, qu'il s'agissait là de mesures d'ordre public prises dans l'intérêt de l'état civil des citoyens.— Chambre, séance du 3 juillet 1905, J. offic. p. 2677. — L'amendement, repris au Sénat, fut aussi rejeté.

Les formalités imposées aux futurs conjoints pour se marier, longues et coûteuses, étaient destinées à faciliter le contrôle de la famille des fiancés. Leur résultat fut d'éloigner du mariage ceux à qui leur éducation, leur moralité, leurs sentiments religieux ne faisaient pas souhaiter, pour leur union, la sanction de la loi et de les pousser vers des relations illégitimes. Les publications, les pièces à produire, les autorisations (sans parler des empêchements et des oppositions) étaient placées en travers du chemin des époux, comme si la loi, pour qui l'union légale est le but normal de l'existence, avait cependant voulu en réserver l'accès à un certain nombre de privilégiés, décidés à subir l'épreuve d'une sorte de noviciat conjugal. On a cherché à atténuer ces obstacles, mais ils subsistent pour une large part. On pourrait encore les réduire.

Pour juger des inconvénients qu'ils présentent, il faut se placer au point de vue du plus grand nombre, c'est-à-dire des personnes dont le temps est précieux et qui n'ont souvent qu'un maigre salaire. Les démarches dans les bureaux de mairie pour avoir les certificats et documents nécessaires (1), les taxes, si modestes soient-elles, qu'il faut payer, la perte de temps, toujours onéreuse pour des travailleurs, détournent bien des individus de la recherche de l'union légitime (2). N'est-ce pas, dès lors, que le mariage, à la façon dont le régit le Code, est peu démocratique,

(1) Il peut y en avoir en certains cas jusqu'à 13.

(2) En 1905, une société fondée pour favoriser la régularisation des unions illégitimes a aidé à en régulariser 1.400 ; elle n'a éprouvé de difficultés que dans un nombre infime de cas.

qu'il est fait pour des personnes qui n'ont pas quitté leur famille et du plein consentement de celle-ci ?

Or, à l'heure actuelle, à cause des transformations économiques, rarement les fiancés habitent auprès de leurs parents. La famille cesse d'être pour ses membres l'asile et l'appui qu'avait en vue le législateur de 1804; elle devient même parfois une source de difficultés. D'où la nécessité de réviser les dispositions légales qui la concernent (1), de laisser plus de liberté à chacun et, à cet effet, de limiter la prépondérance du groupement sur l'individu (2).

Quelles ont été les mesures prises dans ce but ? C'est ce que nous allons examiner, en considérant tour à tour ceux des éléments nécessaires à la formation de l'union conjugale auxquels elles se sont appliquées.

Sans nous étendre plus qu'il ne faut sur les ques-

(1) « Il importe que la famille ne soit pas une sorte de somptueuse demeure d'accès difficile, ouverte seulement à ceux qui ne reculent ni devant les formalités, ni devant les dépenses. Dans nos démocraties, les avantages sociaux tendent à se mettre de plus en plus à la portée de tous (instruction, art, assistance, assurance contre l'invalidité et la vieillesse). La famille ne doit pas apparaître hérissée d'obstacles et cerclée de méfiances. » Exposé des motifs de la proposition de loi, relative au mariage, présentée par M. Lemire le 15 janvier 1903 : Annexe n° 652, J. offic. du 6 novembre 1904, p. 897.)

(2) On a pu, à juste titre, écrire que : « Lorsque le mariage était un contrat indissoluble, on comprenait que le législateur eût pris des précautions contre la légèreté des contractants, mais maintenant qu'il a ouvert la porte de sortie, il est équitable qu'il ouvre dans la même proportion la porte d'entrée et que les effets néfastes du divorce sur la famille soient compensés par des facilités plus grandes pour constituer la famille. Il y a là une compensation nécessaire et morale dont l'utilité ne peut échapper. » (Cornély, le *Siècle*, février 1907 .—Des Congrès de célibataires (un des derniers à Pavie, Italie, en janvier 1908) se sont tenus pour protester contre les dangers du mariage et prôner le célibat. Maintenir les règles trop strictes du mariage serait favoriser ces adversaires systématiques du lien conjugal.

tions de forme, il convient d'indiquer que la loi du 11 décembre 1850, sur le mariage des indigents, a supprimé pour ceux-ci la nécessité de se procurer les pièces administratives et surtout d'en payer les frais. L'officier de l'état civil de la commune dans laquelle doit se célébrer le mariage procède lui-même à la réunion de ces documents. Les tentatives antérieures faites en ce sens n'avaient été ni suffisantes, ni coordonnées (1). En comblant les lacunes qui existaient sur ce point, la loi a restreint le rôle de la famille vis-à-vis de celui de ses membres qui contracte mariage. Ce dernier, en effet, trouvant gratuitement auprès du maire de la commune la direction qui lui est nécessaire, n'a plus besoin de l'aide pécuniaire ou du conseil des siens ; sa situation personnelle s'affirme au regard de ceux-ci. La loi du 20 juin 1896 a jugé à propos d'étendre aux actes respectueux les immunités établies par l'art. 4 de la loi du 10 décembre 1850, dans l'intérêt du mariage des indigents. Ces actes sont devenus, comme les actes de consentement, exempts de tous droits, frais et honoraires, quand ils concernent des gens dépourvus de ressources.

D'autres modifications, également intéressantes, ont été introduites par cette loi. Nous pouvons citer tout de suite celle apportée à l'art. 155 du Code civil,

(1) V. Moniteur du 4 décembre 1849, p. 3911 et D. P. 1851, 4-9, *Rapport de M. de Limairac.* — Les rectifications des actes de l'état civil, les homologations d'actes de notoriété se poursuivaient déjà d'office (art. 75 loi du 25 mars 1817) ; les dispenses d'âge ou de parenté s'obtenaient presque sans frais (art. 77, loi du 15 mai 1818) ; enfin l'art. 8 de la loi du 3 juillet 1846 avait prescrit la suppression des droits de timbre et d'enregistrement des actes nécessaires à la célébration du mariage des indigents.

d'après laquelle il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère des futurs mariés, lorsque les aïeuls ou aïeules pour la branche à laquelle ils appartiennent attestent ce décès. Il suffit de faire mention de leur attestation dans l'acte de mariage. A défaut de cette attestation, il doit, d'après une loi plus récente du 21 juin 1907, qui a amendé celle de 1896, être procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leur déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus (1).

Dans la pratique, les futurs époux recourent fréquemment à ce texte, lors même qu'ils connaissent le lieu du décès de leurs parents. Ils peuvent éviter ainsi des rectifications d'actes de l'état civil défectueux, qui apporteraient des lenteurs à la réalisation de leur mariage.

Mais, parmi les améliorations introduites dans le Code par des actes législatifs récents, nous devons, avant d'aller plus loin, fixer notre attention sur celles relatives au consentement des parents, lequel fait l'objet des premières préoccupations des fiancés.

Le Code civil imposait aux futurs époux (art. 148 et suiv.), jusqu'à l'âge de 25 ans pour les fils et de 21 ans pour les filles, l'obligation d'apporter au moment du mariage le consentement de leur père et de leur mère. En cas de dissentiment entre ceux-ci, le consentement du père suffisait. Si le père et la mère

(1) Contrairement au nouveau texte de 1907, l'art. 155 (rédaction de 1896) prescrivait l'adjonction à la déclaration des époux de celle des témoins et la mention du tout sur l'acte de mariage. C'était une formalité superflue (V. Rapp. de M. le député Raoul Péret, J. O. 20 juin 1907, p. 424).

étaient morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, leur pouvoir d'autorisation passait aux aïeuls et aïeules ; enfin, dans le cas où tous les ascendants étaient décédés ou impuissants à intervenir, si le fils ou la fille était en état de minorité, le consentement de son conseil de famille devenait indispensable. On avait voulu, par ces dispositions, protéger l'enfant contre lui-même, en lui donnant un guide qui le dirigeât dans l'acte le plus important de la vie. Portalis (1) voyait là une nécessité reposant sur « l'amour des parents, leur raison et l'incertitude de celle des enfants. » Ces motifs ne sont pas dépourvus de valeur, mais il faut trouver surtout l'explication de ces mesures dans la survivance de préjugés aristocratiques, se rattachant à l'ancienne conception de la famille.

Les rédacteurs du Code, encore sous l'influence du passé, n'avaient pas cru devoir dégager les enfants de tout lien vis-à-vis de la famille après leur majorité légale. L'honneur et le respect, dus à tout âge aux parents (art. 371 C. c.), imposaient aux fiancés, même majeurs, l'obligation préalable de les consulter sur l'opportunité du mariage. De là les actes respectueux que prescrivaient les art. 151 et suiv. du Code civil.

Ces actes devaient être au nombre de trois, notifiés aux parents de mois en mois, de 25 à 30 ans pour les fils, de 21 à 25 ans pour les filles. Un mois après le troisième, l'enfant pouvait passer outre au mariage. Après 30 ans pour les garçons, 25 ans pour les filles, un seul acte suffisait.

Dans ce système, deux particularités nous frap-

(1. Discours, p. 168-170.

pent : la première est la différence d'âge établie entre les garçons et les filles dans les prescriptions édictées ; la seconde, la nécessité de recourir après la majorité matrimoniale aux actes respectueux. L'une et l'autre ont donné lieu à des modifications ultérieures, quoique non simultanées, fondées sur le désir de ne pas laisser l'enfant, sous prétexte de protection, livré au despotisme paternel. Sans doute les judicieux conseils que peut trouver le jeune homme ou la jeune fille au sein d'une famille unie sont pour eux d'un prix inestimable, puisque leur expérience, qui n'est pas mûrie par le temps, ne les met pas toujours à l'abri d'entraînements qui peuvent engager l'honneur et la fortune de leur famille (1) ; mais n'aurait-on pu s'empêcher de sanctionner légalement la nécessité du consentement des parents ou de leurs conseils? La règle établie à ce sujet n'a pas eu, socialement, les résultats qu'on en attendait, faute de s'accorder avec les mœurs.

Très souvent, en effet, dans les ménages peu unis, les parents s'opposaient, le Code à la main (2), aux projets matrimoniaux formés par leurs enfants, et alors un dilemme se présentait : ou le futur époux, contrarié dans ses intentions, attendait patiemment l'âge auquel il pourrait, par des actes respectueux, vaincre la résistance de ses ascendants, ou il se soumettait et contractait, au gré de sa famille, un mariage d'argent ou de convenance, troublé bientôt par des difficultés intimes, quand ce n'était pas par

(1) Le mariage crée, en effet, des alliances et des obligations pécuniaires, dont les familles reçoivent le contrecoup (V. les art. 203, 205, 207 C. civ.).

(2) Coirard, p. 225. — V. aussi Ellen-Key, p. 94.

le souvenir de son premier amour. Dans l'un et l'autre cas, c'était moins l'institution du mariage et l'enfant que l'esprit de famille et l'autorité paternelle qui étaient atteints par l'apparente irrévérence du fiancé ou l'insuccès d'une union qui lui avait été arbitrairement imposée. En outre, le ressentiment et l'aigreur se glissaient dans les rapports de parenté. Enfin on trouvait excessif que des parents, peut-être encore sous l'impression de la gêne qu'ils avaient éprouvée au début de leur vie conjugale, pussent imposer, par exemple, un mariage d'argent à leurs descendants (1).

Toutes ces considérations étaient plus que suffisantes pour déterminer le législateur à tracer des limites à l'autorité paternelle. On pensa qu'en simplifiant les formalités légales du mariage, on le faciliterait et on diminuerait du même coup le nombre des ménages irréguliers, devenus si nombreux dans les grandes villes et dans certains milieux ouvriers (2).

En conséquence, la loi du 20 juin 1896 fut votée. Elle a modifié sur plusieurs points le texte du Code civil (3), spécialement elle a supprimé deux sur trois

1) Mme Maria Pognon, au Congrès des œuvres et institutions féminines (1900), signala le cas d'un père de famille auquel le médecin de son futur gendre était venu, sur la demande formelle de ce dernier, proposer de rompre le mariage projeté, vu l'état de santé actuel du jeune homme, qui présentait un réel danger pour la jeune fille. « Qu'importe, répondit le père, toutes les affaires sont arrangées. Il entre dans la maison comme associé, avec son capital. »

V. sur les mariages d'argent et de convenances : *Jeunes filles*, de V. Margueritte.

(2) Dans l'armée, on a aussi éprouvé le besoin de restreindre le contrôle exercé sur le mariage des officiers.

(3) Les modifications ont porté sur les art. 73, 151, 152, 153, 155, 179 C. civ. et aussi sur le texte de l'art. 4 de la loi du 10 décembre 1850, pour étendre les immunités propres à favoriser le mariage des indigents (Supra, p. 52).

des actes respectueux, que les enfants, ayant atteint la majorité fixée par l'art. 148, sont tenus de signifier à leurs parents, dans le cas où ceux-ci refusent de consentir au mariage. Il peut, désormais, à défaut de consentement sur cet unique acte de respect, être passé outre, un mois après, à la célébration de l'union. Ainsi sont évitées des lenteurs inutiles. Les deux sexes sont mis, à cet égard, sur le même pied. « Nous devons songer, disait M. Ratier, rapporteur de la loi au Sénat, que le mariage est le plus personnel et le plus intime des contrats et que c'est le droit de l'enfant qui doit dominer. C'est l'enfant qui s'oblige et qui a à subir les conséquences d'un choix heureux ou malheureux..... L'enfant qui a à créer une famille doit choisir en pleine liberté le compagnon de sa vie (1). »

L'acte respectueux, on l'a souvent fait observer, n'a guère de respectueux que le nom. Quand les enfants sont réduits à en faire usage pour vaincre la résistance de leurs parents, c'est qu'ils ont déjà préalablement invoqué devant eux tous les arguments de nature à les décider à consentir. Les procédures, les atermoiements ne peuvent qu'irriter les esprits (2). Aussi a-t-on été amené à supprimer même l'unique acte respectueux prescrit par la loi de 1896. C'est l'un des objets de la loi du 21 juin 1907.

La Chambre des députés avait cru pouvoir, le 12 avril 1906 (3), en abrogeant purement et simplement les art. 151 à 157 du Code civil, faire disparaî-

(1) Rapp. du 24 janvier 1896 (J. off. du 27 avril 1896, annexes, p. 47, n° 7.

(2) V. Boitard, p. 227.

(3) J. off. du 13, p. 1745.

tre l'obligation, pour les futurs époux majeurs, de requérir le consentement de leurs ascendants. Son vote n'a point été sanctionné par le Sénat, qui s'est arrêté à un système intermédiaire, finalement consacré par la loi de 1907 précitée.

Aux termes du nouvel art. 151, aucun consentement n'est plus nécessaire, soit pour les garçons, soit pour les filles, à partir de *trente ans révolus* (1). Jusqu'à cet âge, le consentement des père et mère doit être obtenu. Sinon l'enfant, qui est dans l'obligation d'en justifier, doit faire *notifier* par un notaire, à ses parents ou à celui des deux qui refuse de consentir, le projet d'union. Ceci remplace l'ancien acte respectueux prévu par la loi de 1896 et n'est pas dû aux grands parents. Trente jours après la notification, il peut être procédé à la célébration du mariage (2).

Le pouvoir des aïeuls et aïeules, représentants d'une collectivité qui tend sans cesse à s'affaiblir, était fatalement voué à une déchéance croissante. La législation nouvelle a, sans doute, laissé subsister l'art. 150 du Code civil, qui admet que, par une sorte de délégation et dans le seul intérêt des futurs époux, *jusqu'à la majorité de ceux-ci*, les aïeuls et les aïeules

(1) La possibilité d'un recours à la justice, en cas de refus injustifié des ascendants de consentir au mariage, souvent réclamée avant 1900, n'offre plus qu'un intérêt historique. — V. Bernard, *Étude sur le consentement des ascendants à mariage*. Paris, Laroze, 1900.

(2) « Les articles relatifs à l'acte respectueux (disait à la Chambre, en se résumant, M. Déribère-Desgardes, rapporteur de la proposition d'où est issue la loi de 1907) sont inutiles et vexatoires quand les parents consentent, inefficaces et funestes quand ils ne consentent pas; ils occasionnent une multitude de recherches et de formalités inutiles, quand les parents sont décédés, aliénés ou absents » (J. offic. du 27 avril 1906, p. 35, annexe n. 2946.)

remplacent les père et mère décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, au point de vue du consentement au mariage; mais, dès l'âge de 21 ans, la loi du 21 juin 1907, conséquente avec ses tendances individualistes, a totalement fait disparaître la nécessité d'un consentement quelconque des ascendants. Elle n'a pas même voulu qu'on leur fît la notification de l'union projetée, qu'elle instituait vis-à-vis des père et mère, en remplacement de l'acte respectueux supprimé. Ce qu'elle leur a conservé, c'est la faculté d'opposition au mariage, prévue par l'article 173 du Code civil. Elle a mis aussi sur un même pied d'égalité les grands-parents et la mère, autrefois hiérarchisés dans leur aptitude à exercer le droit d'opposition. En cela, elle a édicté une règle plutôt favorable au maintien de la puissance familiale, mais dont il ne faut pas s'exagérer la portée, vu le court laps de temps dans lequel doit être jugée l'opposition (1) (délai de 10 jours, art. 178, C. civ.).

Un autre changement digne de remarque, dû à la loi du 21 juin 1907, qui a de ce chef modifié l'article 148 du Code civil, est la fixation à 21 ans, pour les garçons comme pour les filles, de l'âge requis pour contracter mariage sans le consentement des père et mère. Cette modification a l'avantage de faire coïncider la majorité matrimoniale avec la majorité civile.

(1) Dans le cas de notification de l'union projetée, c'est l'enfant qui invite ses père et mère à réfléchir sur les conséquences de leur refus ; dans le cas d'opposition au mariage, c'est l'ascendant qui cherche à prévenir les suites de l'irréflexion de ses descendants. L'opposition de l'ascendant est un moyen dilatoire plus énergique que celui que la loi impose à l'enfant, en le soumettant à notifier à ses père et mère l'union projetée. Il ne peut être procédé au mariage que lorsqu'on en rapporte la main levée (art. 176 et suiv. C. civ.)

De plus, elle supprime entre les sexes une différence que seule pouvait expliquer l'idée de sauvegarder l'autorité paternelle, inspiratrice des dispositions de l'art. 148 C. civ. (1). On avait moins à craindre, en effet, pour la jeune fille que pour le garçon, les influences pernicieuses du dehors ; on n'avait pas peur qu'elle se mariât elle-même ; l'autorité du groupe était respectée. Ce détail, d'apparence insignifiant, l'établissement de l'égalité entre les deux sexes au sujet de la majorité matrimoniale, révèle une nouvelle atteinte au droit de famille, tel qu'on le comprenait précédemment, un pas de plus vers l'individualisme.

Malgré ce nouvel état de choses, le fils et la fille, bien que majeurs de 21 ans, sont tenus de justifier, jusqu'à l'âge de 30 ans révolus, du consentement de leur père et mère et, tout au moins, à défaut de ce consentement, de la notification faite à ces derniers de l'union projetée. Le législateur aurait, ici, pu aller plus loin dans la voie de la reconnaissance des droits individuels et consacrer d'une façon définitive le vote émis en 1906 par la Chambre des députés. Il ne l'a pas osé. Son œuvre est restée de la sorte incomplète. La trace qui reste encore sur ce point du vieil esprit de notre législation, ne répondant plus à nos mœurs, sera sans doute bientôt elle-même effacée.

L'individualisme a, du reste, repris ses droits sur un autre terrain. Dans quelques circonstances particulières (divorce, séparation, folie d'un ascendant) un fiancé pouvait être empêché d'obtenir une auto-

(1) La prédominance excessive de la volonté des parents dans le mariage a souvent été critiquée par les auteurs. (V. Fonsegrive, *Mariage et union libre*, p. 332; Peytel, *Union libre*, p. 150).

risation ou gêné, pour l'avoir, par le conflit existant entre ses auteurs. La loi de 1896 avait, dans un but très louable, établi que, lorsque les ascendants seraient impuissants (fût-ce par l'effet d'une condamnation à la rélégation ou aux travaux forcés) (1) à manifester leur volonté, les aïeuls ou aïeules les remplaceraient ; qu'en outre, au cas de divorce ou de séparation, le consentement de l'époux ayant la garde de l'enfant et au profit de qui le divorce avait été prononcé suffirait. Mais de nombreuses hypothèses restaient encore en suspens. La loi du 21 juin 1907 y a pourvu d'une façon générale. Elle a d'abord à peu près supprimé, en fait, l'inconvénient résultant de l'impossibilité d'obtenir l'autorisation à mariage, puisque, dès 21 ans pour les deux sexes, le consentement des parents n'est plus indispensable, une notification faite à l'ascendant suffisant à en tenir lieu. Puis, elle a décidé (art. 8) que, lorsqu'aucun des parents n'a simultanément obtenu la garde de l'enfant et le divorce ou la séparation à son profit et que l'un d'eux consent à l'union projetée, ce dernier peut citer l'autre en justice, pour vaincre sa résistance. Le tribunal du domicile de la personne qui a la garde de l'enfant est compétent, en dernier ressort, pour apprécier cette demande. Il en résulte plus de facilité pour la célébration de nombreux mariages (2).

C'est une chose grave que cette ingérence de la justice dans les rapports de famille et une forme nouvelle des efforts de l'individualisme pour la con-

(1) Les fiancés pouvaient toutefois, en ce cas, facultativement demander son autorisation au condamné (art. 153).

(2) V. rapport supplémentaire de M. le sénateur Catalogne, 5 mars 1907. J. offic., annexe 53.

sécration des droits qui intéressent ces rapports. Sans cesse le législateur tient un plus grand compte de l'élément individuel et diminue d'autant le pouvoir, jadis souverain, des ascendants. Au lieu de rester soumis, comme autrefois, à l'arbitraire de ceux-ci, le mariage peut désormais devenir, pour les fiancés affranchis d'une autorité fréquemment capricieuse, la réelle union de deux êtres s'associant pour vaincre ensemble, en se donnant un appui mutuel, les difficultés de la vie.

Même munis du consentement de leurs parents ou parvenus à la majorité matrimoniale, les futurs époux, pour se marier, ne doivent pas se trouver dans un des cas de prohibition à mariage. Les règles du droit familial se signalent, à cet égard, par une longue série d'abolitions. On est vraiment frappé du nombre des prohibitions prévues par la législation ancienne (vœux religieux, liens de parrainage, fiançailles, rapt ou séduction, différence de religion ou de race, mort civile, et, en quelque mesure, mariages in extremis, valables, mais privés d'effet utile) (1). Le Code civil les a restreintes à juste titre ; il en a cependant retenu cinq : existence d'un premier mariage, parenté ou alliance, délai de viduité, complicité d'adultère, abus du divorce.

Toutes ces situations constituent de véritables empêchements légaux. On peut en citer une autre, l'état militaire, qui implique seulement, pour les fiancés, l'obligation d'obtenir, en vue du mariage, la permission de l'autorité supérieure. Cet empêchement avait surtout sa raison d'être au

(1) Planiol, t. I, n° 739, p. 258.

temps où les règlements exigeaient un certain apport dotal de la part de la future épouse. Depuis quelques années cette exigence n'existe plus. L'autorité militaire se contente de procéder à une simple enquête de moralité, sanctionnant ainsi l'extension du droit individuel dans ses rapports avec les prérogatives du groupement dont l'individu fait partie.

Dans le même ordre d'idées, la prohibition issue de la complicité d'adultère a été supprimée par la loi du 15 décembre 1904. Les partisans de l'ancien art. 298 C. civ. y voyaient une mesure de moralité, destinée à éviter les divorces. C'est cependant une restriction plutôt immorale de la liberté individuelle, que consacrait cette disposition. L'époux divorcé pour cause d'adultère, légalement éloigné de son complice, ne renonçait pas pour cela, le plus souvent, à la passion que celui-ci lui avait inspirée. Contrairement au but poursuivi, le seul résultat de l'art. 298 était de laisser s'étaler au grand jour des relations illégitimes, auxquelles leurs auteurs souhaitaient ardemment de mettre un terme. Aussi, la loi du 15 décembre 1904 a-t-elle fort sagement solutionné cette question, en abrogeant l'art. 298 du Code civil. Comme le disait déjà Berlier, condamner à un célibat perpétuel celle qui a violé les lois de la pudeur et du mariage serait la condamner à persévérer dans ses dérèglements (1).

Une autre disposition fort critiquable est celle de l'article 295. Sous son ancienne forme, cet article prohibait toute nouvelle union de deux époux divorcés. La loi de 1884, qui a rétabli le divorce aboli en 1816, a reproduit ce texte d'une façon curieuse. Ce

(1) D. P. 1905. 4. 28.

n'est plus d'une manière absolue que les époux qui divorceront ne pourront désormais se réunir, mais seulement si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage, suivi d'un second divorce. Il résulte de là que cet époux peut indéfiniment divorcer et se remarier, excepté avec la seule personne dont il eût été désirable de favoriser le rapprochement avec lui. L'illogisme même de ce texte fait ressortir la tendance qu'a notre législation à s'orienter de plus en plus vers la liberté du mariage. Si on ne l'a pas abrogé, c'est sans doute que l'hypothèse prévue se réalise rarement et que bien petit est le nombre de ceux qui peuvent être gênés par cet article.

Nous arrivons à l'étude de la dernière prohibition intéressante, celle qui résulte de la parenté ou de l'alliance. Nous ne parlerons, en effet, ni de l'existence d'un premier mariage (la monogamie, admise par nos mœurs, justifiant assez cet empêchement) ni du délai de viduité de l'article 228 C. civ., qu'on eût pu supprimer, sauf à régler le sort des enfants nés depuis le veuvage, et dont la loi du 13 juillet 1907 a largement réduit la durée en cas de divorce ou de conversion de séparation en divorce. La question de la parenté ou de l'alliance au degré prohibé mérite, au contraire, d'autant plus de retenir l'attention, qu'on retrouve en elle un vivace souvenir de l'influence exercée par la famille sur le sort de ses membres.

La parenté légitime forme un empêchement au mariage (art. 161 et suiv. C. civ.) en ligne directe entre tous les ascendants et descendants, en ligne collatérale entre les frères et sœurs, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. Dans ces derniers cas, la levée

de l'empêchement peut avoir lieu à l'aide d'une dispense (art. 164 C. civ.).

L'argument principal invoqué en faveur de ces dispositions est d'ordre physiologique. La consanguinité matrimoniale, dit-on, est une cause de dégradation pour l'espèce (1). A cette raison s'en ajoute une autre d'ordre moral, que Portalis développait dans son rapport du 16 ventôse an XI sur la loi organique du mariage : « L'espérance du mariage entre des êtres qui vivent sous le même toit et qui sont déjà invités, par tant de motifs, à se rapprocher et à s'unir pourrait allumer des désirs criminels, entraîner des désordres qui souilleraient la maison paternelle, en banniraient l'innocence et poursuivraient ainsi la vertu jusque dans son dernier asile... »

Ces considérations sont parfaitement justes en ce qui touche les proches parents ; mais, après les premiers degrés de parenté, l'intérêt de l'individu, aussi bien que celui de l'Etat, exige que les époux puissent librement exercer leur choix. On a donc eu raison de ne pas empêcher, comme le faisaient les lois romaines et les lois ecclésiastiques, les cousins germains de s'unir (2). En limitant, en outre, dans

(1) Fonssagrives. — *Entretiens familiers sur l'hygiène.* — Cet auteur rappelle le cas de 34 mariages consanguins cités par le Dr Beniss, qui auraient donné 192 enfants sur lesquels 58 auraient péri dans la première enfance, 32 auraient eu une santé délicate, 23 se seraient trouvés scrofuleux, 4 épileptiques, 2 aliénés, 2 sourds-muets, 4 idiots, 2 aveugles, 6 albinos ; 5 présentaient des troubles divers de la vision ; 46 seulement auraient été d'une bonne constitution. Il faut, toutefois, dans ces résultats, faire la part de ce qui appartient à la consanguinité et de ce qui revient à l'hérédité.

(2) « Le temps n'est plus où les cousins germains vivaient comme des frères et où l'on voyait une nombreuse famille rassemblée tout entière et ne formant qu'un seul ménage dans une commune habitation. » (Portalis, *loc. cit.*)

la parenté légitime ces restrictions, en ligne collatérale, aux oncles et nièces, tantes et neveux, en admettant même des dispenses, le Code a été sage (1). Il a, dès cette époque, fait marquer un pas sérieux à l'individualisme dans le droit de famille.

Ses défenses, légitimes en ce qui concerne la parenté, paraissent moins justifiées quand il s'agit de l'alliance. Celle-ci produit, en ligne directe, les mêmes obstacles au mariage que la parenté ; en ligne collatérale, elle s'oppose au mariage entre alliés à titre de frères et sœurs. La raison donnée, ici, des dispositions du Code est que la perspective d'un mariage possible entre alliés pourrait provoquer des désordres (2).

On n'en a pas moins éprouvé le besoin, en 1832 (loi du 16 avril), d'étendre aux beaux-frères et belles-sœurs, par une nouvelle rédaction de l'art. 164, les dispenses que ce texte n'autorisait que pour les mariages entre oncle et nièce, tante et neveu. Bien plus, une circulaire de la Chancellerie a prescrit, en 1904, de considérer que la concession des dispenses, en matière d'alliance, devrait être regardée comme la règle, et le rejet l'exception. C'est même cette largeur d'interprétation de la loi actuelle, qui a fait momentanément estimer inutile la suppression complète des prohibitions à mariage entre beaux-frères et belles-sœurs (3). On voit par là combien l'idée de solidariser

(1) Dans la pratique les dispenses sont même assez faciles à obtenir.

(2) V. Planiol.— *Loc. cit.*, t. I, p. 254. — L'obstacle que crée l'alliance subsiste même après la dissolution de l'union qui l'a fait naître et bien qu'il n'en reste pas d'enfants.

(3) V. J. off. du 22 janvier 1908 (Sénat). — Un projet de suppression avait été déposé à la Chambre, le 7 février 1907, par MM. Fort et Colliard. (J. off., Doc. parl., 1907, n° 739, p. 111.)

à outrance l'homme et sa famille cesse d'être en harmonie avec les mœurs (1). La parenté fictive qui résulte de l'adoption crée cependant encore certains empêchements au mariage. Ne peuvent se marier entre eux l'adoptant et l'adopté, l'un d'eux et les descendants de l'autre, l'un d'eux et le conjoint de l'autre (art. 348 C. civ.). On a voulu assimiler jusqu'à un certain point cette parenté à la parenté véritable, mais il est possible qu'on songe bientôt, de ce côté aussi, à restreindre les prohibitions de la loi (2). Il n'en ressort pas moins de tout ce qui précède que l'esprit individualiste gagne sans cesse du terrain. Nous le constaterons encore à propos des publications et des formalités préalables du mariage (3).

Nous avons dit que la mobilité de la vie moderne, dans les classes laborieuses surtout, rendait difficile et onéreuse l'observation de certaines dispositions

(1) En matière pénale, une décision de tribunal correctionnel de Châteauroux du 14 novembre 1900 (D. P. 1901. 2. 230) a considéré que la séparation de corps suffisait à rompre l'affinité qui crée, entre époux, l'immunité attachée au lien coujugal par l'art. 380 du Code pénal, en cas de vol.

(2) D'après le Code allemand, quand des personnes liées par l'adoption contractent mariage contrairement à la loi, le mariage n'est pas nul, mais il rompt le lien établi par l'adoption (art. 1771). La loi allemande n'établit, d'ailleurs, d'empêchement au mariage qu'entre l'adoptant et l'adopté. (V. Planiol, *loc. cit.*, t. I, p. 345.

(3) On peut encore saisir l'influence de cet esprit puisqu'il s'agirait d'éviter à des enfants à venir les conséquences fatales des infirmités d'ascendants invalides) dans les projets qui préconisent l'empêchement au mariage des personnes à qui leur état physique ne permettrait pas de donner naissance à des individus sains. On établirait une sorte de conseil de révision matrimonial, qui préviendrait le développement, déjà si grand, d'affections telles que l'avarie ou la tuberculose. La liberté de l'amour serait restreinte à la liberté d'engendrer des êtres nouveaux dans des conditions favorables à l'espèce. (V. Ellen-Key, p. 106.)

du Code, relatives au mariage. Aussi, non seulement des textes, comme les lois du 10 décembre 1850 et 20 juin 1896, se sont occupés des mariages d'indigents ou des pièces à produire, mais la loi du 21 juin 1907 a simplifié largement les formes du mariage, spécialement pour les publications.

Aux termes du Code civil (art. 74) le mariage devait être célébré dans le lieu où l'un des deux époux avait son domicile, lequel s'établissait par six mois d'habitation continue dans la même commune. L'usage, sanctionné par l'opinion de nombreux auteurs et une circulaire ministérielle du 21 décembre 1871 (1), avait admis que la célébration du mariage pouvait aussi avoir lieu au domicile réel de l'un des époux, sans qu'il fût besoin d'attendre un délai de six mois depuis l'acquisition de ce domicile. La loi du 21 juin 1907 a fait plus. Elle a supprimé la nécessité, pour le mariage, du domicile spécial résultant d'une habitation continue pendant six mois. Désormais toute distinction disparaît entre ce domicile spécial et le domicile réel des art. 102 et suiv. du C. civ. La nouvelle rédaction de l'art. 74 autorise la célébration du mariage dans la commune où l'un des futurs époux a son domicile ou sa résidence. Pour prévenir tout arbitraire dans l'appréciation de celle-ci, on a décidé qu'elle serait constituée par un mois d'habitation continue, à la date de la publication prévue par la loi.

(1) La circul. du Min. de la Justice du 21 décembre 1871 (D. P. 72. 3. 16) énonçait que « toute personne qui a acquis en France un domicile proprement dit, par l'un des moyens indiqués aux art. 103 et s. C. civ., peut y contracter mariage, sans avoir besoin d'attendre un délai de six mois depuis l'acquisition de ce domicile, sous la condition toutefois de justifier que les publications ont été faites au domicile antérieur, comme au domicile nouveau ».

Ainsi le mariage est désormais mieux mis à la portée des personnes que leurs affaires ou l'exercice d'une profession ambulante empêchent de se fixer assez longtemps dans une même commune pour y acquérir le domicile de six mois.

On aurait pu aller plus loin. Sans doute la loi nouvelle a ainsi restreint le délai d'attente et réduit à une seule les publications ; mais elle dispose que, si le domicile ou la résidence actuels n'ont pas été d'une durée continue de six mois, la publication doit être faite, en outre, au lieu du dernier domicile, et, à défaut du domicile, au lieu de la dernière résidence. Si cette résidence elle-même n'a pas une durée continue de six mois, la publication est faite également au lieu de la naissance (art. 167 nouveau). Enfin, lorsque les parties sont, relativement au au mariage, sous la puissance d'autrui, la publication doit encore avoir lieu au domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent. Voilà bien des formalités. N'aurait-on pu se dispenser d'exiger la publication du mariage dans des localités où les conjoints n'ont souvent fait qu'un séjour rapide, où on les a oubliés, où ils sont peut-être même inconnus? Le but des publications est de susciter des oppositions et de prévenir des mariages irréguliers. En fait, elles ont lieu de telle façon que leur efficacité reste douteuse et on peut se demander s'il ne vaudrait pas mieux, dans un but de célérité, les supprimer entièrement. Il serait, en tous cas, plus conforme aux nécessités de la vie moderne de se borner à exiger un affichage apparent au lieu même de la célébration, et là seulement, trois jours avant la cérémonie.

La même loi de 1907 a, aussi, supprimé la nécessité

de faire la publication, désormais unique, un jour de dimanche, comme le prescrivait le Code (1). D'autre part, on a substitué légalement l'affiche (art. 63) à la publication orale et décidé qu'il ne serait fait qu'une seule transcription sur le registre tenu à cet effet. L'affichage dure pendant 10 jours (art. 64, 65 révisés). Dans les cas graves, le procureur de la République peut dispenser de la publication et de tout délai. L'ancien article 169 réservait cette faculté au chef de l'Etat, encore ne pouvait-il être fait remise que de la seconde publication.

Cet ensemble de réformes a pour conséquence une économie de temps, une simplification des formalités et une légère diminution des frais. Une dernière mesure reste à signaler à propos de la formation du mariage. C'est celle qui a interdit de délivrer aux tiers, non pourvus d'une autorisation de justice, copie des actes de naissance, autrement que par simples extraits, contenant seulement les indications indispensables pour établir l'identité de l'individu (2). Ce procédé a surtout de grands avantages pour les enfants illégitimes. Il en présente aussi pour ceux d'entre les autres dont les parents peuvent avoir quelque chose à se reprocher. Les articles 45 et 57, revus par la loi du 30 novembre 1906, se réfèrent à ces dispositions. C'est une pratique analogue à celle

(1) Par suite de la loi sur le repos hebdomadaire, les publications ne se faisaient déjà plus le dimanche, mais le samedi. Elles avaient, en outre, été réduites depuis longtemps à l'affichage d'un extrait de la promesse de mariage, dans un cadre grillagé à ce destiné, et comme on laissait subsister l'affiche le temps requis, sans la renouveler, on peut dire aussi qu'en fait il n'y avait déjà plus qu'une publication.

(2) Rapp. de M. le député Raoul Péret, du 25 mars 1903 (J. off., 8 mai 1903, p. 328).

qui est suivie pour les extraits (bulletin 3) du casier judiciaire, en matière pénale. Il est souhaitable qu'elle soit étendue à tous les actes de l'état civil.

Nous venons d'analyser, d'une façon rapide et dans leurs grandes lignes, les règles édictées pour la formation de l'union conjugale. Il résulte, ce nous semble, de cet examen, que la tendance du législateur, tant en ce qui concerne le rôle de la famille qu'en ce qui touche les formalités à remplir, a été d'écarter de plus en plus les dispositions restrictives de la liberté des citoyens, afin de leur rendre le mariage plus aisément accessible. C'est la consécration de la thèse individualiste. Des améliorations sont encore possibles en ce sens. On peut d'autant mieux en prévoir l'avènement, que le législateur sait généralement garder la mesure voulue entre des tendances extrêmes et que son œuvre continuera forcément à subir la puissante influence des mœurs.

§ 2. Vie de la famille légitime

Une fois les projets matrimoniaux des fiancés régulièrement réalisés, leur union est régie par deux pouvoirs de la plus haute importance : la puissance maritale et la puissance paternelle. L'une et l'autre sont historiquement issues de la même source, la « patria potestas » romaine, qui, sous d'autres noms, existait aussi en Germanie. La première n'est d'ailleurs qu'une forme atténuée de la seconde, exercée par le mari sur son épouse considérée comme son enfant. Naturellement cette conception est purement historique. Actuellement la puissance maritale et la

puissance, plus étendue, dont le père dispose sur ses enfants, sont distinctes. C'est par l'étude de cette dernière que nous débuterons.

a) *Puissance paternelle*

Sur le principe de la puissance paternelle les opinions les plus divergentes se sont fait jour. Le Play, par exemple, reproche au Code civil de l'avoir anéantie en la privant de sanction. D'autres auteurs estiment, au contraire, qu'elle a été entourée par lui de trop de prestige (1). Il ressort des discours de Réal, Bouteville, Albisson (2) l'impression que le législateur de 1804, tout en conférant au père un large pouvoir, a cherché à modérer son autorité, afin d'éviter les abus qui en pourraient résulter. On doit reconnaître que la rédaction du Code a été, sur ce point, assez défectueuse et a mal rendu la pensée de ses auteurs. Sans doute l'idée romaine de propriété procédant de la génération, reprise et développée par Grotius et Montesquieu, n'avait guère plus de défenseurs en 1804; mais le Code n'a reconnu aucun droit spécial à l'enfant. S'il a assigné des limites à l'autorité paternelle, en instituant la déchéance du père dans certains cas déterminés, c'est sans attribution à l'enfant d'un droit particulier. De plus, ses dispositions répressives, étant appelées à sanctionner seulement des fautes graves, sont inapplicables aux simples vexations, comme à la dilapidation du patrimoine

(1) P. ex. : Pradines, Sagnac, Feuilloley, V. Coirard, *loc. cit.*, p. 53 et suiv.

(2) Fenet. — X., p. 201, 536.

ou du salaire du fils par un père insolvable. Le Code a, d'ailleurs, fait usage d'une rubrique qui éveille le doute sur ses véritables intentions, lorsqu'il intitule le titre IX: *De la puissance paternelle*, alors que, dans les articles qui suivent, il n'emploie plus que le terme *autorité paternelle*, seule expression compatible avec la cordialité des rapports qui doivent exister dans la famille.

De nos jours encore, dans les classes prolétariennes, surtout à la campagne, on considère l'enfant comme un être qui doit à la famille tous ses soins et tout son travail. Fréquemment, en présence du courant qui attire les jeunes agriculteurs vers la ville, les parents blâment leur ingratitude, leur reprochant de quitter la maison paternelle juste au moment où ils auraient pu la faire profiter de l'expérience qu'ils ont acquise, de leur activité et de leurs forces. Ces tendances, qui visent à faire de l'enfant la chose de la famille, sinon celle du père (1), ont eu pour adversaires des théories socialistes, qu'on peut ramener à deux principales: la théorie anarchiste et la théorie collectiviste. L'une et l'autre sont unanimes à proclamer la suppression de l'autorité paternelle, mais comme l'enfant, par sa nature même, ne peut rester sans direction ni soutien, elles se divisent sur le choix de l'éducateur qui devra suppléer les parents.

La moins acceptable de ces théories est, à coup sûr, l'opinion anarchiste (2). D'après elle, l'enfant

(1) La jurisprudence autorise même les parents à réclamer, en référé, les enfants retenus sans leur assentiment par des tiers (Grenoble, 10 mai 1905, D. P. 08, 2. 180).

(2) Jean Grave, *La société future*, p. 343.

devrait être, dès le berceau, livré à lui-même, affranchi de toute autorité et placé dans une sorte d'indivision, qui permettrait aux personnes en ayant le loisir de prendre soin de lui. Conception étrange, qui substitue à l'autorité des parents celle d'indifférents animés d'un sentiment philanthropique momentané, et qui, changeant seulement l'agent d'exercice de la puissance paternelle, aurait tous les défauts de l'ancien système sans en offrir les avantages. Une seconde théorie (1), bien supérieure à la précédente, la théorie collectiviste, placerait les enfants sous le contrôle de l'Etat. Celle-ci aurait le mérite de les mettre tous sur un pied d'égalité, abstraction faite de leur naissance. Peut-être les rendrait-elle plus libres et indépendants qu'avec l'autorité paternelle actuelle (2), car la surveillance impersonnelle de l'Etat, proportionnée à la vigilance plus ou moins attentive de ceux qui l'exerceraient, pourrait se relâcher quelquefois. Cette manière de voir, de nature à moins porter ombrage à l'opinion générale que la précédente, nous rapproche de l'idéal actuel du législateur, qui est de faire de la puissance paternelle une tutelle contrôlée, donnant à l'enfant des droits dès qu'il est à même d'en user et, tout au moins, des garanties sérieuses. Cela n'implique pas fatalement le transfert à l'Etat de toutes les prérogatives issues de la paternité, ce qui heurterait trop les sentiments naturels, mais une simple réglementation des pouvoirs du père. Notre législation tend à se développer en ce sens. Tout en conférant au père les droits d'éducation, de garde et

(1) Deville. — *Aperçu sur le socialisme scientifique*, p. 43. en tête du *Capital* de Karl Marx.

(2) Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. II, p. 380.

de correction, qui peuvent se ramener, en somme, au seul droit d'éducation (dont la garde est le corollaire et la correction la sanction), elle donne en même temps à l'enfant droit à cette éducation, à la santé, à la vie.

Bien que le Code civil eût fait aux parents un devoir d'élever leurs enfants conformément à leurs ressources, ses dispositions n'étaient en somme que l'expression d'un vœu, qui n'en permettait pas moins au père de laisser son fils dans une complète ignorance. Ce n'est que la loi du 28 mars 1882 qui a introduit chez nous l'obligation de l'enseignement primaire. Il suffirait, maintenant, d'appliquer rigoureusement ce texte et d'astreindre les parents à donner à leurs enfants une instruction en rapport avec leur fortune, ce qui était déjà l'opinion de Bonaparte lors des travaux préparatoire du Code (1).

L'éducation intellectuelle n'est pas tout. Il existe à côté d'elle l'éducation morale et l'éducation professionnelle, qui ont également donné lieu à des mesures en faveur de l'enfant. La loi du 7 décembre 1874, notamment, a interdit de placer des enfants, avant 16 ans, chez des gens pratiquant des professions ambulantes ou faisant le métier de mendicité. La loi Roussel (23 décembre 1874) met sous la surveillance des agents de l'Etat (Inspecteurs de l'assistance publique, maires, juges de paix) les nourrissons. De ces textes peuvent être rapprochés ceux qui s'opposent à ce que les enfants soient employés dans l'industrie avant l'âge de 13, 16 ou 18 ans (lois des 2 nov. 1892, 30 mars 1900 et décrets réglementaires y afférents).

(1) Fenet. — X. p. 481.

Tous ont pour but d'empêcher que les parents n'abusent du travail de leurs enfants, l'expérience ayant malheureusement, démontré qu'il en était souvent ainsi (1). Le devoir d'éducation est, du reste, sanctionné en certains cas d'une façon assez sévère. Les parents qui, au lieu de porter leur attention sur la vie journalière de leurs enfants et de leur donner des conseils moraux, les poussent au vice ou négligent de les surveiller, peuvent être déchus de leur autorité, si les mineurs se rendent coupables de délits ou se livrent à la prostitution (2). La même sanction est établie pour les hypothèses où l'inconduite des parents inspirerait des craintes au sujet de la santé physique ou morale des enfants. On restreint donc l'autorité parentale et on la transfère à l'Etat ou à des tiers, dès que l'intérêt de l'enfant le réclame (3).

Même en supposant qu'il vive dans une famille honorable et digne, le mineur doit avoir des droits. Le Code civil lui permettait de tester à 16 ans, de s'engager à 18, sans autorisation. Des lois postérieures et la jurisprudence ont étendu sa capacité. Il peut voir ses grands-parents et être vu par eux, sauf appréciation des tribunaux en cas de conflit (4). A tout âge, il peut sans autorisation devenir membre d'une Société de secours mutuels (Loi du 1er avril 1893, art. 3), être assuré à la Caisse nationale contre les accidents et, à 16 ans, contre les décès (Loi du

(1) P. Pic. — *Législation industrielle*, p. 500 et la note.

(2) Loi du 11 avril 1908.

(3) Pour le détail de ces innovations, voir chapitre IV.

(4) V. arrêts Cass. rapportés au Dalloz : 57, 1, 273; 71, 1, 217; 94, 1, 218, pour l'historique de cette jurisprudence. — Rapp. Bordeaux, 13 juin 1860, D. P. 61, 2, 72.

11 juillet 1868, art. 5 et 14). C'est à partir de 16 ans, également, qu'on accepte ses versements à la Caisse nationale d'assurance contre la vieillesse (Loi du 20 juillet 1886, art. 13) et aux Caisses d'épargne (Loi du 9 avril 1881, art. 6). Le père peut lui-même accroître les facultés reconnues à son fils, soit en l'autorisant, dès l'âge de 15 ans, à avoir un livret de la Caisse d'épargne, sur lequel il pratiquera seul toutes les opérations (Loi du 21 juillet 1895), soit encore en l'émancipant.

L'exercice de la plupart des droits dont nous venons de parler implique l'existence de revenus personnels. Généralement l'enfant n'en a pas, et, s'il en possède, il ne peut guère en disposer, à cause de la jouissance légale attribuée à ses parents. Le père, durant le mariage et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère a, en effet (art. 384 C. civ.), l'usufruit des biens de ses enfants mineurs, jusqu'à l'âge de 18 ans ; il en touche les revenus sans avoir à en rendre compte. Issu du droit de garde de l'ancien régime, cet avantage ne se justifie pas, puisque, théoriquement destiné à compenser les frais d'éducation et d'entretien, il cesse à 18 ans, c'est-à-dire quand ces frais sont le plus élevés. Il serait à désirer que cette prérogative de la puissance paternelle disparût et que les parents fussent tenus de rendre compte de la part des revenus de leurs enfants n'ayant pas servi aux besoins de ces derniers. Une pareille réforme paraît toutefois peu probable, la loi du 2 juillet 1907 ayant étendu, au contraire, à la parenté naturelle cette prérogative de la parenté légitime.

Quel que soit son âge, du reste, le mineur ne gère

pas lui-même ses biens. Ceux-ci sont, s'il est orphelin, assujettis aux règles de la tutelle et, s'il possède ses parents, soumis à l'*administration légale*.

L'administration légale, dont l'article 389 du C. civ. s'occupe d'une façon trop laconique, a le grave défaut de priver l'enfant de toute garantie. Malgré les critiques formulées par les meilleurs auteurs (1), elle confère encore à l'ascendant des pouvoirs si étendus (2) qu'il lui est généralement loisible d'aliéner le mobilier sans formalités, aussi librement qu'un mari peut le faire, sous le régime de la communauté, pour les biens communs. Comptant sur son affection pour le mineur, on ne l'a pas assujetti à la surveillance imposée au tuteur. Devant ces inconvénients, la jurisprudence et le législateur se sont émus. Des décisions ont forcé le père à se munir d'une autorisation toutes les fois que les actes qu'il désirait accomplir ont paru dangereux pour l'enfant (3). On a même vu des tribunaux nommer à celui-ci un administrateur *ad hoc* ou lui permettre, à sa majorité, de répudier les actes faits par un ascendant, coupable de faute grave dans sa gestion (4). Néanmoins, ces solutions, si intéressantes qu'elles soient à recueillir, pourraient ne pas prévaloir partout en jurisprudence, les tribunaux gardant, en fait, une entière liberté d'appréciation. Aussi, sous l'influence des idées féministes, des projets de loi ont-ils

(1) V. Aubry et Rau. t. 1. p. 505, 4e édition.

(2) En ce sens, Zachariæ. — Seine, 28 mai 1900, 16 janvier 1901; Pandectes 1902, 2, 45 et 169.— Cass. 12 mars 67, Sirey, 67, 1, 273; 5 janvier 1903, D. P. 03, 1, 21.

(3) Troyes, 23 décembre 1899, D. P. 1900, 2, 372; Paris, 14 avril 1892, Gaz. Palais, 94, 2, 377, pour les donations et compromis.

(4) Bordeaux, 24 juin 1901. D. P. 1901, 2, 377.

surgi pour imposer à l'administration légale les règles de la tutelle (1).

Un premier projet (projet Gazagne) avait été déposé au Sénat en 1880. Il exigeait qu'on suivît les formes de la vente des biens de mineurs pour l'aliénation des valeurs mobilières de ceux-ci, qu'il s'agît ou non d'orphelins. Le projet Cazot, présenté à la Chambre des députés le 26 novembre 1886, faisait du père un simple administrateur, sujet à la déchéance pour incapacité, inconduite ou infidélité. Le 15 décembre de la même année, le contre-projet Bisseuil voulait qu'on permît de faire des donations à un enfant, en stipulant que son père n'administrerait pas les biens donnés (2) : les tribunaux, déjà, validaient cette clause (Cass. 9 janvier 72, D. P. 72. 1. 128 et 31 mai 1881. D. P. 82, 1, 22). En 1907 a été soumise à la Chambre, par M. Adigard (3), une proposition due à l'initiative de la Société d'études législatives (Bull. 1906, p. 341). Elle contenait le vœu que, lorsqu'il y aurait opposition d'intérêts entre le père et le mineur, on fît appel à un tuteur *ad hoc* ; que, dans les autres hypothèses, l'ascendant pût agir seul, à moins de se trouver dans des situations qui, en matière de tutelle, comporteraient l'homologation de la délibération du conseil de famille par le tribunal ; enfin que les formalités de la loi du 27 février 1880 fussent appliquées à toute vente de biens

(1) C'est le système que déjà M. Valette enseignait (V. Mourlon, *Répétitions sur le Code civil*. T. 1, n° 1074, note.

(2) Romentin. — *Comment la jurisprudence française a interprété et modifié les textes du Code, en matière de droit des personnes. — Thèse, Paris 1907*, p. 117.

(3) J. Off. Doc. parl. 1907. Annexe 1208, p. 1041 projet du 11 juillet 1907).

mobiliers de mineurs et que l'emploi ou le remploi de toute somme perçue devînt obligatoire pour le père dans les trois mois, sous peine de voir la preuve par commune renommée autorisée contre lui pour en établir la consistance.

Si ces divers projets n'ont pas eu de conséquences très appréciables, en ce qui touche la famille légitime, ils ont excercé une heureuse influence sur les règles édictées au sujet de la gestion des parents naturels, à qui la loi du 2 juillet 1907 a accordé l'administration et la jouissance légales. Des aspirations qu'ils contiennent se dégage l'impression qu'il existe un mouvement individualiste cherchant à séparer le plus possible les intérêts des enfants de ceux des parents, en même temps qu'à limiter les droits de ces derniers, à la puissance de qui porte une atteinte certaine la reconnaissance d'une personnalité distincte à l'enfant, en matière pécuniaire.

L'organisation de la tutelle elle-même a subi l'assaut des nouvelles idées. Les femmes, à qui la loi du 7 décembre 1897 avait déjà permis d'être témoins dans les actes de l'état civil, mais que le Code excluait des tutelles et conseils de famille de mineurs, autres que leurs descendants, en sollicitent l'accès. Aux Congrès féministes de 1900(1), on a protesté, au nom de l'intérêt des enfants, contre leur exclusion. On a aussi été frappé de ce que la femme, tutrice légale, perd sa situation, en cas de secondes noces, si le conseil de famille ne la lui conserve pas, ainsi que l'usufruit légal, tandis que dans les

(1) Congrès des œuvres et institutions féministes, *Rapport de M. Charmont*, p. 252, t. I et t. II.

mêmes circonstances, le mari reste tuteur. Dès lors, on a réclamé (1) l'attribution de la tutelle au survivant des époux, quel qu'il soit, sans excuse possible, et, à défaut, au plus proche ascendant ou collatéral jusqu'au troisième degré, sans distinction de ligne ni de sexe. On a de plus demandé la suppression de toute différence entre hommes et femmes dans la participation aux fonctions relatives à la tutelle.

Ces efforts ne sont pas demeurés sans effet : le nouvel article 442 (loi du 2 juillet 1907) introduit les femmes dans les tutelles et conseils de famille des enfants naturels, et un projet a été déposé par M. Violette, à la Chambre, le 5 novembre 1907 (2), proposant d'appliquer le même régime individualiste et émancipateur à la famille légitime.

Si le père doit mettre son fils à même de gagner sa vie, rien ne l'oblige à le doter (art. 204 C. civ.). La dot obligatoire, déjà connue des Romains, avait donné lieu, en 1804 (3), à de vives discussions entre Tronchet, Malleville et Portalis. La majorité des auteurs y vit une cause de trouble pour les familles et se heurta à une difficulté, celle d'évaluer les avantages pécuniaires qu'un ascendant devrait fournir à ses enfants. Cette objection n'était cependant pas décisive ; une question de preuve ne saurait tenir en échec une question de principe. Au fond, la non-obligation de doter est un moyen indirect pour les

(1) Congrès de la Condition et des droits de la femme, p. 302.

(2) J. off. annexe 1289. Doc. parl., 1908, p. 42. — Noter, aussi, projet Meynard, 11 mai 1907. J. off. 1907, annexe 832, p. 225, qui a pour objet d'exclure du conseil de famille tous ceux qui sont en état d'inimitié avec le mineur.

(3) Fenet, IX, p. 61-62.

parents de contrôler le mariage de leurs descendants (1). Déjà la littérature s'occupe de ce sujet, et il faut espérer que, contrairement aux idées de Leplay, qui recommande la suppression de la dot, l'obligation dotale existera bientôt chez nous, sauf à établir, s'il y a lieu, des causes d'indignité. L'éducation de l'enfant est généralement conduite en conformité de la situation de fortune des parents ; il serait fâcheux que ceux-ci ne le missent pas en état, quand il contracte mariage, de continuer le genre de vie auquel ils l'avaient habitué. Certains interprètes du Code voient dans la dot une obligation naturelle. Elle devrait devenir une conséquence légale du devoir alimentaire ou du devoir d'entretien, et les parents devraient être tenus de la fournir à leurs enfants (2).

On a pu remarquer, en parcourant le Code civil, que, s'il a donné aux père et mère autorité sur leurs enfants, cette autorité restait platonique, en ce qui concerne la mère, pendant le cours du mariage. Cependant ce droit de la femme se manifeste dans certaines circonstances graves, et bien des gens réclament pour elle, au nom de son enfant, autre chose que le contrôle moral des actes du père (3), contrôle subordonné à la bonne harmonie des époux La faiblesse du mineur, qui lui vient de son âge, le laisserait sans défense si la mère (qui, pourtant, au

(1) L'obligation de doter existait en pays de droit écrit (Roussille, *De la dot*, p, 8; *Des peines de la dot*. Titre 5, section 1.) Elle aurait surtout de l'intérêt pour les fils de divorcés, qui subissent souvent, lors de leur mariage, les conséquences fâcheuses de l'inimitié de leurs parents.

(2) Coirard. — *Loc. cit.*, p. 232.

(3) Laurent (*Principes de droit civil*, t. IV, n° 261) lui attribue ce contrôle.

cas de décès ou d'absence du père, exerce immédiatement tous les droits de puissance de celui-ci, Nancy, 5 août 1907. D. P. 08, 5, 13) ne sortait de son rôle effacé pour protéger l'enfant contre les abus de pouvoir du père. On a donc réclamé pour elle le droit de contester devant les tribunaux les actes de ce dernier, et M. Taudière, dans son ouvrage sur « la puissance paternelle », a préconisé l'arbitrage judiciaire, en cas de conflit entre ascendants. Ces idées ont été développées, tant pour la puissance paternelle que pour l'autorité maritale, au Congrès des œuvres et institutions féminines en 1900 (1), par Mme d'Abbadie d'Arrast et par MM. Vidal et Charmont. M. Vidal, en particulier, a nettement exposé qu'il était impossible de voir la mère annihilée par le père et bravée par ses enfants. Mlle Chauvin et M. Réville ont même fixé ces aspirations dans un vœu réclamant l'arbitrage du juge de paix, avec appel, au besoin, au président du tribunal, dans tous les cas de conflits familiaux. Il ne faudrait pas se dissimuler, toutefois, la difficulté de réalisation pratique de ces tendances, qui risquent d'affaiblir le lien familial et surtout, fait plus grave, la confiance qu'un jeune enfant, voyant ses parents en conflit, peut avoir en chacun d'eux. Cette confiance est, cependant, nécessaire pour lui permettre d'accepter les conseils des siens. Aussi, certains auteurs ont-ils proposé de remplacer l'intervention de la justice par celle d'un conseil de famille, calqué sur celui des « propinqui » romains. Tout cela favorise l'établissement pour le mineur d'une sorte de tutelle contrôlée,

(1) Congrès des œuvres et institutions féminines, t. I, p. 184 et 216.

grâce à laquelle sa liberté serait équitablement garantie.

En pratique, la jurisprudence reconnaît déjà à la mère le droit de surveiller (1) l'éducation de l'enfant, l'administration de ses biens ou l'exercice du droit de correction. Son rôle s'étend encore dans les hypothèses graves qui peuvent entraîner la déchéance de la puissance paternelle.

Cet ensemble de faits témoigne que la puissance paternelle se rapproche de plus en plus de la tutelle, pour le plus grand avantage du mineur. « Elle a cessé d'être un droit établi en faveur et dans l'intérêt de celui qui l'exerce. Elle est devenue un simple pouvoir de protection, un moyen pour le père de remplir ses devoirs envers l'enfant. Le Code civil n'a fait que poser le principe, mais ce principe contenait une secrète puissance d'action..... et les tribunaux se reconnaîtront un droit de contrôle sur cette œuvre » (2). Par la coopération des deux époux, la puissance paternelle tendra à devenir une autorité parentale double, dépouillée de l'absolutisme primitif. La famille en éprouvera les conséquences les plus heureuses, par une adaptation mieux comprise de la vie conjugale et un meilleur exercice de l'autorité des parents (3). L'enfant en profitera de son côté, car ce ne sera plus sur l'intérêt familial que reposera la direction qui lui sera donnée, mais sur son intérêt individuel (4).

(1) Boistel. — *Le droit de famille.*

(2) Charmont. — *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 21.

(3) Coirard. — *Loc. cit.*, p. 213.

(4) « L'enfant représente une entité morale essentiellement respectable, que les parents ne doivent perdre de vue ni dans la formation

b) *Autorité maritale*

Si elle repose d'un côté sur la puissance paternelle, la famille s'appuie de l'autre sur l'autorité maritale, c'est-à-dire sur les pouvoirs que le mari exerce à l'égard de sa femme. Quoique de même origine, ces deux institutions se sont profondément différenciées avec le temps (1), puisque le droit de correction, par exemple, a complètement disparu des rapports entre

possible d'un mariage, ni dans les actes de la vie infantile. » (Ellen-Key, *loc. cit.*, p. 97.)

1) A l'époque barbare, la femme, vendue au mari, fait partie de son patrimoine. A Rome, elle tombe sous la puissance du mari, tout en restant sous celle de sa famille. Le mari peut disposer de sa personne, châtier ses fautes ; mais le père et les parents peuvent être appelés au tribunal de famille. Cette puissance reçoit des adoucissements sous la double influence des lois et des mœurs. Dans le droit coutumier français, la femme tombe sous la puissance et mainbournie du mari, puissance issue du mundium germanique et établie dans l'intérêt de la femme. La dépendance de celle-ci est très étroite : on reconnaît au mari le droit de la battre (Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, édit. Beugnot, t. II, p. 333 ; *Coutumier général de Richebourg*, t. IV, p. 1025 ; d'Argentré, *Sur l'ancienne coutume de Bretagne*, art. 423). Les progrès de la civilisation apportent graduellement des tempéraments à cette conception des pouvoirs du mari (Pothier, *Traité de la puissance du mari*, 1re partie, art. 1 ; *Traité du contrat de mariage*, Ve part., chap. 1, art. 1 ; L'encyclopédie, v° mari, p. 789). — Le droit canonique ne permettait, d'après Chardon (*Traité des trois puissances*, t. I, p. 85 et s.), de séparer la femme que lorsqu'il n'y avait que ce moyen de lui sauver la vie. La jurisprudence civile avait les mêmes règles (Despeysses, t. I, p. 286) et, au milieu du XVIIIe siècle, Dareau (*Traité des injures*, ch. IV, n° 2) écrivait encore que le mari avait la voie de la correction jusqu'à certaines bornes. De notre temps, M. Gide (*Condition privée de la femme*, p. 412, 478) a soutenu que la puissance maritale est établie dans l'intérêt individuel de la femme et pas seulement dans l'intérêt du ménage. Le Code civil, qui règle le droit de correction du père (art. 375 et suiv.), se borne à dire, dans son art. 213, que le mari doit *protection* à la femme, la femme *obéissance* au mari. » L'esprit général du législateur

époux, et que le droit de garde, réduit à la nécessité de la cohabitation, n'est plus naturellement sanctionné par l'emploi de la force publique (1) et se réduit à un simple cas de saisie des revenus de la femme ou de rupture du lien conjugal. De nombreux auteurs (2), en dehors même des orateurs ordinaires des congrès et réunions féministes, ont été unanimes à réclamer la suppression presque complète d'une autorité dont l'existence s'expliquait jadis, mais que les progrès de la femme rendent de nos jours injustifiable. Nous n'en sommes plus au temps où d'Argentrée trouvait aux femmes une extrême faiblesse de jugement, une grande pauvreté de bon sens et un orgueil indomptable. Elles entendent aujourd'hui devenir en tous points les égales de l'homme. Sans discuter le mérite de ces prétentions, qui sont de nature à modifier profondément l'idéal familial, nous en constaterons simplement les résultats.

Cédant à ce nouvel état d'esprit, et à un sentimentalisme provenant de la crainte très justifiée d'abus possibles de la part du mari, les tribunaux et le législateur ont graduellement amélioré la situation de la femme, au point de la rendre à peu près parallèle

repousse donc l'idée de toute vexation possible de la part du mari, sous prétexte de puissance maritale. Pour faire respecter son autorité, il n'a pas le droit de se faire justice et d'employer des moyens de coercition. (V. note sous un arrêt de Chambéry du 4 mai 1872—D.P. 73. 2. 129,— qui a été le dernier à admettre le droit de correction du mari, et D. J. G. v° *Mariage*, n° 772; Duverger, *De la condition politique et civile des femmes.*)

(1) Aix, 22 mai 1884, S. 84. 2. 93; Quimper, 15 mai 1905. D. P. 1905. 5. 36.

(2) Notamment Condorcet, G. Sand, Stuart-Mill, Mittermayer, Accolas, Legouvée, Lefoyer.

à celle de son conjoint. Alors que le Code attribuait, par exemple, le choix du domicile conjugal au mari, la Cour de cassation, dès le 9 janvier 1826 (D. P. 28. 1. 121), déclarait que la femme n'était liée à l'existence nomade de ce dernier que si elle l'avait par avance connue et acceptée. Ultérieurement elle statuait de manière analogue pour le cas où le mari ne fournit pas à son épouse un logement en rapport avec la situation sociale et pécuniaire de celle-ci, l'oblige à demeurer avec une belle-mère acariâtre (Cass., 28 novembre 1860. D. P. 61. 1. 305. — Pau, 8 mai 1890 D. P. 91. 2. 3) ou à occuper un appartement dont les conditions de confort sont insuffisantes et de nature à nuire à sa santé, à sa sécurité ou à sa dignité (Cass., 16 juillet 1889. S. 90. 1. 117). Sur un terrain voisin, en matière de surveillance par le mari de la correspondance et des relations de la femme, des décisions conçues dans le même esprit sont intervenues. Les tribunaux accueillent de plus en plus volontiers les réclamations des femmes, et considèrent notamment comme un cas de divorce le fait de s'opposer intempestivement à des relations entre elles et leurs ascendants (Trib. Seine, 13 janv. 1870. D. P. 70. 3. 40) ou d'exercer sur elles une surveillance intempestive (1).

Pour le nom et la nationalité, peu de réformes ont été réalisées. Seule la loi du 6 janvier 1893 consacre une innovation pour les cas de divorce et de séparation de corps. Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom. Le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement

(1) V. Labbé. — S. 77. 1. 161 ; Albert Tissié. — *La propriété et l'inviolabilité des lettres missives*. Paris, 1885.

postérieur peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom celui de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le garder. Les Congrès féministes de 1900 ont trouvé cela insuffisant. Ils ont demandé pour la femme, même au cours du mariage, l'usage exclusif de son nom de fille et proposé que, contrairement à ce que veut le Code, elle ne prenne pas, par mariage, la nationalité de son conjoint, ce qui, au cas de divorce ou de veuvage, l'expose à des ennuis, si elle veut reprendre sa nationalité d'origine (1).

Nous pourrions, à propos de l'autorité maritale, parler de la prééminence du mari, par rapport à la femme, dans l'exercice de la puissance paternelle et dans les questions d'ordre pécuniaire qui concernent le ménage. Mais le premier point a déjà été examiné, et le second, étant donné que nous n'avons pas à nous occuper des régimes matrimoniaux, est presque entièrement hors du cadre de notre travail. Notons, cependant, que la loi du 9 avril 1881 a autorisé les femmes à faire avec les Caisses d'épargne toutes opérations qui peuvent les intéresser. Cette faculté, jointe au secret professionnel dû par les agents de ces organisations, leur offrait déjà une sérieuse garantie contre les dilapidations possibles du mari. Ce n'était pas toutefois sans avoir besoin d'une certaine ingéniosité, qu'elles parvenaient à soustraire ainsi une partie de leurs ressources à la surveillance de leur conjoint. Il y avait même là quelque chose de contraire

(1) Congrès de la condition et des droits de la femme, p. 205 et suiv. Il serait peut-être suffisant de rendre à la veuve ou à la divorcée sans enfant sa nationalité d'origine.

aux principes légaux de la communauté. La loi du 13 juillet 1907 (1) a régularisé et complété cette situation. Elle a, quel que soit le régime matrimonial, conféré à la femme mariée, sur le produit de son travail et de ses économies, des droits analogues à ceux de la femme séparée de biens. Ainsi elle est venue en aide à de nombreuses mères, dont les maris dévorent le salaire, sans leur laisser de quoi vivre avec leurs enfants. L'art. 7 est particulièrement digne de remarque, puisqu'il permet à chacun des époux, à la femme par conséquent, de saisir-arrêter le salaire de l'autre, jusqu'à la valeur de sa part contributive aux charges du ménage.

Les dispositions de la loi du 13 juillet 1907 n'indiquent d'ailleurs pas l'extrême limite des revendications féminines. Celles-ci ont encore cherché à réduire le plus possible le rôle de l'homme comme chef du ménage et administrateur (2). Le 8 septembre 1900, le Congrès de la condition et des droits de la femme réclamait pour elle la possibilité d'obtenir du juge de paix la faculté d'avoir un domicile séparé (3). La commission de réforme du mariage, s'inspirant de législations étrangères (Allemagne, Angleterre, Roumanie), a proposé l'adoption du régime de séparation de biens comme régime légal (4) et, pour la femme, la pleine capacité civile (5).

(1) Proposé en 1896 par M. Goirand, repris en 1905 par M. Grosjean, ce texte n'a été voté, en 1907, qu'après une proposition de M. Gourju au Sénat (V. Coirard, *loc. cit.*, p. 139).

(2) Morizot-Thibaut. — *De l'autorité maritale*, p. 142.

(3) Coirard. — *Loc. cit.*, p. 94.

(4) id. id. p. 144.

(5) Dans le même sens : Projet Beauquier, 27 novembre 1906 (Chambre, J. off. Doc. parl., p. 178).

Nous n'insisterons pas sur ce projet, qui voulait placer l'amour au nombre des devoirs des époux (art. 212 C. civ.), sans réfléchir que l'amour ne peut être imposé nulle part et naît même souvent en dehors de la famille légitime. Nous constaterons seulement que la base du mariage a changé. Il ne repose plus sur l'idée de puissance, mais sur celle de protection, et implique l'affection réciproque qui, seule, peut rendre durable l'harmonie entre les conjoints.

Ainsi nous nous éloignons de l'ancienne « loi de l'homme » si vivement attaquée, non sans quelque raison, par le féminisme et qui a souvent été cause de dissentiments intimes, de désunions profondes (1), parfois même de tragédies poignantes. Grâce aux facilités croissantes du divorce, on en arrive à considérer comme cause de dissolution de l'union conjugale des faits qui passaient avant pour anodins. Cependant les résultats obtenus, en ce qui touche l'indépendance de la femme, sont encore insuffisants au moment présent (2). On doit souhaiter qu'ils s'accroissent. Ce sera, dans le droit de famille, une nouvelle affirmation d'individualisme, d'autant plus importante qu'il s'agit de personnes ayant des intérêts pécuniaires distincts, pour la sauvegarde desquels le contrôle de la femme, à défaut de gestion commune, devient chaque jour plus nécessaire.

(1) Valensi. — *Application de la loi de divorce en France* (Thèse Montpellier, 1905, p. 216).

(2) « La loi nouvelle devrait être rédigée de manière à laisser le plus de latitude possible au plein épanouissement du bonheur et resteindre, dans la mesure du possible, les chances de malheur ; et la première condition pour arriver à cette double fin est l'absolue indépendance des époux. » (Ellen-Key, *loc. cit.*, p. 292.)

c) *Successions entre époux*

La fin de la vie conjugale donne lieu à une liquidation. Nous n'en parlerons pas pour ne pas sortir des limites de notre sujet. Le conjoint survivant, toutefois, possède des droits successoraux (1) dont il importe de rappeler l'évolution et de rattacher l'étude à celle de la vie de famille, puisqu'ils ont subi l'effet des mêmes causes de transformation.

Le législateur de 1804, fondant le droit successoral sur l'affection présumée du défunt, avait admis cette présomption en faveur de la famille et tenu pour suspects tous ceux qui n'en faisaient pas partie dès leur naissance. Il se montrait sévère pour les parents illégitimes et le conjoint survivant. Ce dernier n'héritait qu'après les parents au 12e degré, de sorte qu'un défunt intestat laissait dans la misère son conjoint, si celui-ci n'avait pas de ressources personnelles. « En effet, disait Siméon, malgré le lien qui l'unit au prédécédé, il n'en appartient pas moins à une famille étrangère (2). » Aujourd'hui le fondement du droit successoral est resté le même, mais on l'a fait tourner au profit de l'époux survivant. La réforme a été lente à s'établir. La loi du 14 juillet 1866, modifiant celle du 8 avril 1854, et le décret du 5 février 1810, avaient d'abord accordé aux veuves d'artistes et de littérateurs l'usufruit des droits d'auteurs de

(1) Notons au passage le projet Maujan (2 juillet 1906) limitant le droit d'héritage, qui porte un nouveau coup à l'influence des familles sur les successions,

(2) Fenet, XII, p. 232.

leurs maris défunts. La loi du 25 mars 1873 et le décret du 31 août 1878 font bénéficier d'une disposition analogue les veuves des déportés et transportés. Mais ce n'est que la loi du 9 mars 1891, due à une proposition Delsol de 1872, qui a généralisé la mesure, conformément au vœu public. En toute hypothèse, le conjoint survivant peut désormais prétendre à un usufruit, dont le taux varie suivant la qualité des personnes en concours avec lui. Cette solution est en harmonie avec les sentiments des prémourants, qui, d'ordinaire, veulent bien maintenir leur conjoint dans une situation pécuniaire semblable à celle dont il jouissait pendant la vie commune, mais ne songent pas à enrichir la famille de leurs beaux-parents. La loi de 1892 est une nouvelle preuve de l'évolution individualiste du droit. Les progrès de la législation, inspirés plus par la réalité des liens familiaux que par les données assez artificielles des arbres généalogiques, sont la démonstration évidente de la réaction qui s'est opérée dans la famille, contre l'extension exagérée de la parenté. Il est à retenir que la loi du 9 mars 1891 a aussi accordé une pension alimentaire sur la succession du prédécédé au conjoint survivant, qui en était jusque-là privé.

Nous avons ainsi passé en revue les principales institutions relatives à la formation et à la vie de la famille légitime, qui ont pu, grâce aux causes évolutives que nous avons signalées, se prêter au développement des droits de l'individu. Dans cette période, les mœurs se sont modifiées, à travers le temps, avec une rapidité exceptionnelle. Les lois et la jurisprudence ont suivi le mouvement des mœurs. Sous leur impulsion, elles ont accordé à la femme une plus

grande autonomie dans la vie conjugale, aux enfants des garanties contre les abus d'autorité de leurs auteurs et des droits dès qu'ils peuvent les exercer. Elles ont enfin élargi la grande institution du mariage en facilitant son accès. Leur but a été, non seulement, comme autrefois, le maintien et la protection d'un groupement social ou politique plus ou moins étendu, mais encore l'expansion individuelle. Désormais l'État pourra voir ses citoyens vivre d'une existence plus active et plus libre, les ayant dégagés des liens d'un protectionnisme intempestif ; ils travailleront plus ardemment au bien-être général. La famille se resserre, se réduit aux très proches parents, mais elle reste quand même vivante, elle devient, par la consécration des droits de chacun de ses membres, un foyer d'action et de progrès.

CHAPITRE II

DISSOLUTION DE L'UNION LÉGITIME. — LE DIVORCE : SON ÉVOLUTION VERS L'INDIVIDUALISME

Ayant rapidement analysé les efforts de l'individualisme dans la formation et la vie de la famille légitime, nous allons rechercher les manifestations de la même tendance lors de la cessation de l'union conjugale. Nous ne parlerons pas, en fait de causes de dissolution du lien matrimonial, de la mort. Son seul intérêt pour notre sujet, en dehors de ce qu'elle donne ouverture à la succession, est d'avoir déterminé un courant de jurisprudence (1) favorable, en général, à la prédominance de la volonté de l'époux survivant sur celle de la famille du défunt, dans l'ordonnancement des obsèques, lorsque les conjoints ont vécu jusqu'à la fin en bonne harmonie. Seul le divorce retiendra notre attention. En raison, pourtant, de ses rapports étroits avec lui, nous consacrerons quelques mots à la séparation de corps.

(1) Toulouse, 3 décembre 1889. D. P. 90. 2. 133. — Paris, 9 décembre 1897. D. P. 99. 2. 11 et 1er août 1899 S. 1903. 2. 73 ; note de M. Perreau, avec relevé de jurisprudence.

Section Première

Aperçu historique

Soumis à l'action de nombreuses influences (religion, morale, politique), le divorce a subi de multiples vicissitudes, que nous croyons utile de rappeler.

Le droit romain et les lois barbares l'avaient accepté, mais il fut proscrit définitivement par l'Église, au XII^e^ siècle, après une controverse née de l'opposition entre deux textes, l'un de saint Marc (x, 11), l'autre de saint Jean (XVI, 18), qui le repoussaient en toute hypothèse, et un troisième de saint Mathieu (XIX, 9), qui l'admettait pour adultère de la femme. La Réforme du XVI^e^ siècle lui permit de s'établir dans les pays protestants, même en dehors de ce dernier cas. Toutefois, en France, le principe de l'indissolubilité, mitigé, il est vrai, par la théorie canonique des annulations de mariage, dura jusqu'à la Révolution.

Conforme aux tendances des législateurs de la période intermédiaire, le divorce, après un premier échec, sous la Constituante, fut voté le 20 septembre 1792 par l'Assemblée législative, qui l'admit, non seulement pour causes déterminées, mais par consentement mutuel ou incompatibilité d'humeur alléguée par un seul des époux. Les dispositions nouvelles, élargies par la Convention (8 nivôse et 4 floréal an II), donnèrent lieu à de tels abus (5.990 divorces en 27 mois à Paris), que l'on fût contraint de revenir

aux règles de 1792, le 15 thermidor an III. De cette date à 1884, la cause du divorce perdit législativement du terrain. Ce n'est qu'après 1884 qu'elle a repris ses avantages.

Le Code civil, en maintenant cette institution, en avait rendu l'exercice difficile : il avait supprimé le divorce par déclaration de volonté unilatérale et réduit de 7 à 3 le nombre des causes déterminées. A la chute de l'Empire, sous l'influence du catholicisme devenu religion d'État, un plus grand pas fut fait en arrière. M. de Bonald déposa et fit voter une proposition de loi (8 mai 1816) qui ne laissait pour tout remède aux infortunes conjugales que la séparation de corps. Exclu, dès lors, de notre législation, le divorce eut la plus grande peine à y rentrer. Rejeté par la Chambre des Pairs après 1830, sur cinq votes successifs de la Chambre des Députés (1), et par la Constituante en 1848, il ne fut adopté que par la loi du 19 juillet 1884, issue de propositions de M. Naquet (2), surnommé à juste titre le père du divorce, dont la première fut déposée en 1876 à la Chambre. La loi Naquet revenait aux dispositions du Code de 1804, se bornant à en retrancher le divorce par consentement mutuel et à modifier quelques arti-

(1) Une proposition vint de M. de Schonen en 1831, une autre de M. Evariste Bavoux en 1832 et 1833. Elles échouèrent à la Chambre des Pairs, et Portalis, un des auteurs du Code, fut de ceux qui les combattirent. (D. Rép. supp, v° Divorce, n° 8.)

(2) Cette proposition, déposée le 6 juin 1876 et qui s'inspirait, avait dit son auteur, des principes de la loi de 1792, bien plus que de ceux du Code civil, fut d'abord accueillie « comme une excentricité, tant la question était peu mûre à ce moment-là. » La Chambre, le 4 décembre 1876, refusa de la prendre en considération. Le 21 mai 1878, M. Naquet en déposa une nouvelle, qui fut soumise à une commission de onze membres et suivie d'un rapport favorable ; mais la Chambre repoussa

cles (1). Elle a été simplifiée, à son tour, sur plusieurs points, par la loi du 18 avril 1886 et corrigée par des textes postérieurs, entre autres la loi du 6 juin 1908 sur la conversion obligatoire de la séparation de corps en divorce (2).

A l'heure actuelle, malgré ces progrès, le divorce semble encore insuffisant aux plus avancés de ses partisans. Bien qu'il compte de nombreux détracteurs, favorables par système à la séparation de corps, son triomphe définitif paraît assuré. Nous allons examiner successivement les causes de la faveur croissante dont il jouit, puis son développement doctrinal, jurisprudentiel et législatif. Nous parlerons ensuite de la séparation de corps et du conflit qui a toujours existé entre elle et le divorce. Cependant, comme la loi de 1884 n'a eu qu'une durée éphémère dans ses parties amendées par celle de 1886, nous ferons, au cours de nos explications,

les conclusions de ce rapport. Après le renouvellement de cette Assemblée, M. Naquet reproduisit, le 11 novembre 1881, sa proposition qui, après deux rapports de M. de Marcère, fut finalement adoptée. Le projet, transmis au Sénat, puis retourné à la Chambre, parvint enfin à être définitivement voté. Il fut promulgué par décret du 27 juillet, 1884 (J. offic. du 29 juillet.) — V. Dalloz, Rép. suppl. v° Divorce, n°s 2, 9 et s. — *Exposé des motifs* de la proposition déposée le 11 nov. 1881 (J. offic. du 22 nov. 1881, Doc. parlem. Chambre, p. 1704).

(1) Les modifications ont particulièrement porté sur la suppression de la restriction de l'art. 230 C. civ. (d'après laquelle l'adultère du mari n'était une cause de divorce que si le mari avait entretenu sa concubine dans la maison conjugale) ; sur la nécessité d'une condamnation afflictive, en même temps qu'infamante, pour fournir à l'autre époux une cause de divorce : sur l'atténuation des dispositions des art. 295 et 310 du Code civil, etc. (V. Dalloz, Rép. suppl., *loc. cit.*, n° 12.)

(2) La loi du 27 juillet 1884, en modifiant l'art. 310 C. c., avait rendu facultative pour le juge la conversion, qu'il ne pouvait auparavant refuser.

comme si nous étions en présence d'un seul et même acte législatif.

Section II

Causes de l'évolution du divorce vers l'individualisme

Les difficultés pratiques auxquelles donne lieu l'application de la loi de 1884 ont soulevé contre elle de nombreuses critiques. La faveur dont ces critiques ont joui et celle qu'ont reçue, par contre-coup, les idées d'extension du divorce s'expliquent par des raisons diverses.

Du simple rapprochement des dates et des textes ressort que la question du divorce a toujours eu une allure politique. Ce n'est pas qu'elle ait été liée à la forme du gouvernement, mais, confinant à la religion, elle a suivi les fluctuations des tendances, plus ou moins favorables à l'Eglise, des divers pouvoirs qui ont dirigé notre pays. Les adeptes du divorce ont généralement des opinions avancées ou ne sont pas catholiques romains. Ainsi Voltaire, qui déclarait la dissolution du mariage contemporaine de sa formation, ajoutant : « Je crois que le mariage est de quelques semaines plus ancien, c'est-à-dire qu'on se querella avec sa femme au bout de quelques jours, on la battit au bout d'un mois et qu'on se sépara après six semaines de cohabitation. » Sont dans le même cas la plupart des auteurs cités comme favorables au

développement du divorce par les frères Margueritte, dans l'enquête de la « Revue », en 1900-1901. On a même vu soutenir par un orateur, au nom de l'internationalisme, à l'un des Congrès féministes de cette époque, la thèse de la liberté de l'amour (1). Hugues Le Roux, à son tour, dans « *Le Bilan du divorce* », invoque le droit au divorce, au nom de la liberté individuelle. C'est effectivement au nom de la liberté, issue de nos principes politiques, que le divorce a été le plus hautement réclamé. Les projets qui le concernent ont vu le jour sous ceux de nos régimes les plus libéraux (1830 — II[e] et III[e] République). Sa cause ne pouvait que gagner du terrain aux temps actuels, où les idées de progrès sont en honneur et où la résistance du clergé au pouvoir civil, à propos des lois sur les congrégations et sur la séparation des Eglises et de l'Etat, restée impuissante, a forcément porté une certaine atteinte à son prestige et à l'autorité de ses prescriptions. La marche ascendante du divorce s'explique donc bien par des raisons d'ordre politique et religieux.

A ces considérations, qui nous font constater le déclin de l'idéal traditionnaliste de nos ancêtres (2), au sein du mouvement social contemporain, s'en ajoutent d'autres d'ordre moral. En effet, « il ne faut pas croire avoir satisfait à toutes les obligations matrimoniales par une stricte fidélité. La fidélité sans

(1) Congrès de la condition et des droits de la femme, 1900, p. 385.

(2) Affirmer avec conviction que la monogamie et l'union indissoluble de deux époux est le fondement même de la société, est méconnaître l'histoire ou fixer à tout jamais comme type de moralité et de foi de l'humanité entière la race blanche et son idéal moral à une heure donnée. » (Ellen-Key, *loc. cit.*, p. 6.)

complaisance, sans indulgence, sans bonté, n'est qu'une vertu froide et négative, qui n'ajoute pas beaucoup au bonheur du ménage ; ce qu'il faut encore, c'est l'assiduité, la sollicitude, la douce familiarité, ces soins enfin qui attestent à la femme qu'elle n'a pas seulement un maître, mais un mari tendre et respectueux (1) ». Si ces conditions (2) ne sont pas remplies, si l'existence n'est plus pour les époux qu'une chaîne pesante, notre sentimentalisme naturel, sans cesse en progrès à l'heure actuelle, nous conviera à réclamer impérieusement la possibilité d'un divorce facile. Le tableau des infortunes conjugales, surtout de celles des femmes (3) victimes de maris brutaux, alcooliques et dépensiers est propre à toucher les âmes sensibles et, en les apitoyant sur le sort de ces malheureuses, à les inciter à vouloir qu'il soit porté remède à de telles situations.

L'insuffisance de garanties entre époux au point de vue moral et social est, d'ailleurs, une cause déterminante de la nécessité du divorce. En général on se marie sans connaître assez les charges que l'on assume et les qualités ou défauts de celui que l'on prend pour conjoint. Aussi, dès le début de l'union, l'insuffisante bonne volonté des époux pour chercher à se comprendre est-elle parfois la cause de la

(1) P. Janet. — *La famille*, p. 49.

(2) La moralité du mariage, d'après George Sand, s'appréciera en regardant si l'âme n'a pas été dupe des sens ou les sens dupes de l'âme. — Mêmes idées dans Stendhal, Michelet et Stahl. (V. Ellen-Key, *loc. cit.*, p. 16.)

(3) C'est d'ordinaire en leur nom qu'on parle, bien que, en 1896, sur 8.774 divorces demandés, 3.476 l'aient été contre elles (J. off. Doc. parl. 1898, n° 5.123) et en 1901, 5973 sur 10.539 (J. off. Doc. parl., 6 janvier 1904).

désharmonie d'une commune existence, qui devait reposer sur l'affection la plus complète (1). Cela explique l'adhésion au divorce de personnes qui, par conviction, lui seraient opposées.

La justification théorique de cette institution serait au surplus assez aisée, puisque le mariage est un contrat et qu'il doit pouvoir, à ce titre, se dissoudre par des modes symétriques à ses procédés de formation. Nous n'ignorons pas, cependant, que ce contrat est d'une nature spéciale et qu'il s'y mêle des éléments étrangers ; mais, au point de vue strictement juridique, c'est un contrat auquel les règles générales sur les obligations doivent s'appliquer. Les éléments extérieurs que comporte le mariage, les considérations d'ordre moral ou social peuvent militer en faveur d'une réglementation stricte du divorce, non en faveur de sa suppression.

Le caractère contractuel du divorce ne l'empêche pas d'engager avant tout la personnalité physique et morale des contractants. Dès lors la rupture du lien conjugal doit pouvoir exister, disent bon nombre de ses partisans, non seulement par mutuel consentement, mais (au moins sur le terrain théorique) par déclaration de volonté unilatérale. Toutes les fois, en effet, que la loi s'est trouvée en présence de contrats, même à titre onéreux, conclus *intuitu personæ*, n'a-t-elle pas réservé aux parties, à l'une seule d'entre elles, même, sauf dommages-intérêts, s'il y a lieu, le droit de résilier l'engagement (art. 1780, 1865 § 5 du C. civ.) ? Pourquoi en serait-il autrement du divorce ? Même en dehors des cas de rupture par

(1) Starke. — *La famille dans les différentes sociétés*, p. 101.

mutuel consentement, l'inaccomplissement par l'une des parties des obligations que le mariage comporte devrait permettre de le faire cesser, avec dommages-intérêts au besoin, comme on l'a admis pour les autres contrats. On peut ajouter qu'il est parfaitement équitable qu'on ne puisse, au mépris du principe de la liberté individuelle, prohibant les engagements à vie, rendre quelqu'un forcément associé d'un tiers jusqu'à la fin de ses jours.

Les raisons purement spéculatives qui militent en faveur du divorce ne l'auraient peut-être pas imposé à la majorité des esprits, si elles n'avaient correspondu à des nécessités matérielles et d'ordre social (1) résultant de la vie journalière.

Jadis on constatait déjà que de nombreuses désunions provenaient de l'intempérance de l'un des époux, habituellement du mari. De nos jours, l'alcoolisme, malgré les efforts faits pour le combattre par les Pouvoirs publics (2) et l'initiative privée, garde encore un caractère inquiétant. Le nombre des débits atteint un chiffre considérable (3). Les femmes s'adonnent à la boisson avec autant de passion que les hommes (4). Il suffit de parcourir les quartiers populeux d'une grande ville pour s'en convaincre. Il y a donc lieu de reconnaître que, difficile en présence de l'ivresse habituelle de l'un des époux, la vie de

(1) Valensi. — *Application de la loi du divorce en France* (Thèse Montpellier, 1905, p. 301 et suiv.).

(2) V. art. 39 du projet de budget national pour 1909.

(3) Il y avait, en France, 468.434 délits de boissons au 31 décembre 1904 et, l'année d'après, 5.159 de plus, soit 473.593. Le nombre doit bien être aujourd'hui de près de 500.000.

(4) Granier. — *Criminalité juvénile*, p. 14. — Paul Bureau, *loc. cit.*, p. 22.

ménage devient impossible lorsque les deux conjoints subissent les pernicieux effets de l'alcool. Au reste, l'alcoolisme développe les tendances mauvaises au détriment des bonnes et, détournant les ressources du ménage vers le cabaret, conduit à la misère, autre élément de désaccord entre les époux (1).

La mésintelligence entre personnes mariées peut provenir aussi de la situation économique de notre pays, différente de ce qu'elle était avant. La petite bourgeoisie, comprimée entre le capitalisme et le prolétariat, tend à se confondre avec ce dernier ; elle voit chaque jour diminuer ses ressources. Malgré cela, et par une opposition singulière, le goût du luxe, déjà signalé par M. Naquet comme un élément démoralisant de notre société, se développe de plus en plus, amenant fréquemment les maris à délaisser leurs femmes et leurs enfants, qui leur semblent d'intolérables charges, et poussant les femmes à commettre clandestinement des adultères lucratifs.

Les abus de la puissance maritale, encore fort développée sur la personne et les biens de la femme, malgré la loi du 13 juillet 1907, trop récente pour avoir donné jusqu'ici de sérieux résultats, viennent à leur tour contribuer aux progrès du divorce.

Le mariage, comme l'énonçait le Tribunal de Lisieux (D. P. 1903. 2. 182), n'est souvent « qu'une véritable affaire, dans laquelle le goût des parties, l'association des caractères et la communauté de pensées ne tiennent qu'une place à peu près nulle, en présence de la dot omnipotente, dont le poids sert de

(1) V. Mairet. — *Trois conférences sur l'alcoolisme*. Montpellier 1902.
Et Grasset. — *Deux id.* id. 1903.

base unique à l'appréciation des époux et de leur famille ». La jeune fille est, d'ordinaire, elle-même étrangère aux pourparlers dont elle accepte les conséquences, sans s'en rendre bien compte, et s'expose, à son insu, aux risques d'une rupture prochaine. Sans doute Marcel Prévost a pu dire que « le pacte immoral de deux indifférents, qui se trompaient l'un l'autre, devient, le temps aidant, l'union affectueuse et profonde de deux époux (1) », mais encore faut-il, suivant son expression, « que les accords mutuels, dont la loi nous échappe, qui s'établissent entre des êtres de même espèce, quand ils sont rapprochés », puissent naître et persister. Le mariage de convenance ou d'argent ne le permettra pas toujours. L'égoïsme aidant, les époux chercheront respectivement à faire tourner à leur avantage tout le bénéfice de l'union conclue et creuseront d'autant le fossé destiné à les séparer. Or, si l'on est d'avis que la société doit procurer à ses membres la plus grande somme de bonheur possible, un mariage mal assorti, inconsciemment contracté, doit pouvoir se rompre par le divorce. (2)

D'autres facteurs, en sus des précédents, méritent d'être signalés comme ayant plus ou moins activement agi sur le développement du divorce. Ce sont : la propagation de cette littérature, généralement creuse et de pure fiction, que dévorent les femmes, l'influence de la vie hors de la famille, la présence dans notre société de nombreux déclassés en quête d'une proie, l'abaissement du taux de l'intérêt, qui

(1) M. Prévost. — *Le jardin secret.*
(2) Ellen-Key. — *Loc. cit.*, p. 221.

réduit les ressources du ménage. Sans être des causes directes du divorce, ces faits militent en sa faveur et expliquent que l'opinion publique, loin de revenir à la doctrine de l'indissolubilité de l'union conjugale, réclame l'extension des dispositions émises en 1884.

Malgré les apparences contraires, le féminisme, qui a fait de la femme, d'humble servante du mari qu'elle était, une associée puissante et respectée, n'a eu que peu d'influence sur les progrès du divorce (1). C'est qu'en effet la doctrine féministe n'est guère goûtée, en France, des jeunes filles disposées à se marier. Ses meilleurs partisans sont, le plus souvent, des personnes vouées à un célibat volontaire ou forcé. D'autre part, dans le domaine théorique même, si le Congrès de la condition et des droits de la femme, en 1900, a appelé de ses vœux le divorce par consentement mutuel, cette motion a été combattue par un grand nombre de femmes mariées, et, fait curieux, soutenue, au contraire, par les congressistes hommes (2). Le divorce effraie les femmes, qui en redoutent les conséquences sociales et pécuniaires. Le féminisme matrimonial, d'après elles, doit bien fortifier les droits de l'épouse et de la mère, mais en se conformant aux exigences de la vie conjugale. M^me^ d'Abbadie d'Arrast, qui figurait aux Congrès de 1900, a même écrit dernièrement : « Le mariage est pour la femme et le divorce pour l'homme (3). »

(1) Francisque Sarcey a émis, à cet égard, des appréciations qui nous semblent erronées. (V. *Annales politiques et littéraires* du 22 décembre 1888.

(2) Congrès des conditions et droits de la femme, p. 302 et s., 388.

(3) Revue « *Foi et Vie* », 1908, p. 54.

Aussi, tout en faisant état des vœux des congrès féministes, auxquels, à l'occasion, nous nous référerons, estimons-nous ne devoir pas considérer cette doctrine comme une cause déterminante des progrès du divorce.

La presse a, au contraire, fortement influencé l'évolution de cette institution, qui lui fournissait, ainsi qu'à la littérature en général, une ample matière à discussion. Le divorce, admis par Diderot (1), était considéré par M^me^ de Staël comme le seul moyen de trouver le bonheur dans le devoir. Le romantisme, à son tour, tenant pour sacré le droit à l'amour, et, considérant que la loi ne devait pas substituer sa volonté à celle des parties, mais se borner à consacrer leur accord, blâmait l'indissolubilité du mariage. Cette idée était déjà ancienne, puisque « Rousseau, après Racine et l'abbé Prévost, avait montré l'amour comme la grande passion fatale, devant laquelle les hommes fondent, comme la cire fond sous l'action du feu (2) ». Alexandre Dumas, lui aussi, après avoir étudié les diverses solutions de la question matrimoniale : résignation (*Diane de Lys*), pardon (*Princesse Georges*), répudiation (*Idées de M^e^ Aubry*) et même meurtre (*La femme de Claude*), finit par considérer le divorce comme donnant seul satisfaction aux parties en présence. Plus près de nous, sans parler de M. Naquet, dont les idées ont reçu, en 1884 et 1886, une consécration législative (3),

(1) V. aussi : G. Sand, *Lélia*, 3^e^ partie, ch. 34. — Musset, *Rolla*, v. — Diderot, *Jacques*, 81.

(2) Ellen-Key, *loc. cit.*, p. 48.

(3) Insuffisante, au gré de l'auteur du « *Divorce* » et de la « *La Loi du divorce* », qui réclamait au moins le divorce par consentement mutuel.

on peut citer surtout parmi les partisans de la rupture du lien conjugal, les frères Paul et Victor Margueritte qui, dans plusieurs romans, entre autres : *Les deux vies*, ont principalement fondé leur opinion sur le respect dû à l'inaliénabilité de la personne humaine. La conviction profonde de ces auteurs les a engagés dans une ardente campagne de presse, où ils ont donné au sujet toute l'ampleur dont il était susceptible, si bien qu'en 1901, après une enquête dans laquelle les personnalités les plus marquantes ont été entendues, ils pouvaient écrire : « Tout le monde s'accorde à reconnaître les imperfections du divorce actuel, à en blâmer le scandale presque obligatoire, l'absurde aléa, les délais ruineux (1). » A côté des frères Margueritte, nous pourrions encore nommer Donnay ou Hervieu dont *les Tenailles* ont soulevé de violentes polémiques, et maints autres auteurs (2) dont nous nous réservons, au cours de ce chapitre, de mentionner les opinions. Etudier leurs aspirations, même sommairement, serait hors de proportion avec le cadre de notre travail.

N'oublions pas cependant que, s'il a ses adeptes, le divorce ne manque pas d'adversaires. Parmi ceux-ci, la récente mise à la scène de « *Un divorce* » a placé P. Bourget au premier rang. Le défaut de ce remarquable ouvrage, comme de la plupart de ceux

(1) La « *Revue* », mars 1901, p. 502. — Ce que désiraient leurs correspondants, c'était un divorce pratique, facile et secret.

(2) Citons au hasard, parmi les ouvrages les plus intéressants, favorables ou non au divorce : *L'autre ; Femmes nouvelles ; Oiseaux de passage ; Le retour de Jérusalem*, de P. et V. Margueritte ; *Le torrent*, de Donnay ; *La déserteuse*, de Brieux ; *La maison d'argile*, de Fabre ; *La plus faible*, de M. Prévost ; *Le Bercail*, de Bernstein. — Mentionnons enfin les jugements du président Magnaud.

qui soutiennent la même opinion, est l'absence d'argument nouveau contre une institution qui est sortie plutôt fortifiée des nombreuses polémiques auxquelles elle a donné lieu et à qui l'on trouve chaque jour de nouvelles raisons d'être.

La première objection qu'on lui fait est d'ordre religieux. La conception du mariage, dit-on, telle qu'elle a existé sans conteste jusqu'à la fin du XVIII^e^ siècle, et qu'elle devrait exister encore, est la conception théologique : l'union de l'homme et de la femme, consacrée par Dieu, partant intangible comme tout ce que Dieu a institué. Cet argument ayant été plus haut implicitement réfuté, nous n'y insisterons pas (1). Il est sans valeur pour des non-catholiques, et l'Autriche elle-même, pays attaché au catholicisme, l'a si bien compris que, tout en interdisant sur son territoire le divorce, elle le tolère pour les fidèles des religions autres que le christianisme romain.

Plus sérieuse est l'objection tirée du danger que peut offrir le divorce pour les enfants, au point de vue moral et pécuniaire. Elle ne vaut cependant qu'à l'égard d'époux ayant une descendance et même, en ce cas, ce qui fait le malheur des enfants, ce n'est pas le divorce, mais « la rupture de fait, la discorde, la haine dont ils sont témoins et victimes (2) ». Un mariage désuni est d'un exemple déplorable pour les enfants (3). La présence de ceux-ci n'a pas toujours pour effet de calmer les époux. Elle peut,

(1) V. Supra, p. 100.

(2) Planiol. — *Précis de droit civil*, t. I, p. 378.

(3) J. Renard, cité par P. et V. Margueritte : la *Revue*, 1901, p. 486 et suiv.

au contraire, donner lieu à des difficultés entre eux, et l'enfant puise dans ces querelles le mépris qu'il n'aurait jamais dû avoir pour la valeur morale de ses auteurs. Il lui est bien préférable de vivre loin des dissentiments domestiques, auprès d'un seul de ses parents, qui, s'il ne lui impose pas le respect de son conjoint, lui apprend du moins la déférence que les descendants doivent à leurs ascendants. A la vérité, l'enfant a des intérêts communs avec ses parents ; mais on peut toujours les régler par voie judiciaire. Il n'a personnellement qu'à perdre à la gestion faite par un père et une mère en désaccord. Les tribunaux (1) ont, au surplus, le droit et le devoir de régler la garde des enfants, comme leurs intérêts pécuniaires. L'existence d'enfants dans un ménage ne saurait donc mettre obstacle à la rupture légale (2) de l'union d'époux irrémédiablement hostiles l'un à l'autre. Les parents méritent, du reste, d'être regardés comme ayant « une fin » (3) propre, en dehors des enfants ; leur sort est digne, par lui-même, de fixer l'attention.

Mais la fragilité du lien conjugal ne va-t-elle pas

(1) En cas de torts réciproques, les tribunaux sont souverains, en prononçant le divorce, pour statuer sur la garde des enfants (Civ. cass. 5 décembre 96. D. P. 97, 1, 420 ; 7 mai 1900, D. P. 1901, 1, 452 ; Chambéry, 18 février 1908. D. P. 1908, 5, 19). Ils peuvent ordonner qu'ils seront mis dans un pensionnat déterminé (Paris, 15 novembre 99. D. P. 1900, 2, 30 ; Req. 27 janvier 1908. D. P. 08, 1, 155 ; 31 mars 1908. D. P. 08, 1, 277), sans même que les parties aient conclu sur ce point (Civ. 19 juillet 1904. D. P. 06, 1, 399).

(2) La loi du 9 mai 1891, qui établit un droit de succession pour le conjoint survivant, l'a sensiblement réduit en présence d'enfants d'un 1er lit, comme l'étaient déjà les avantages matrimoniaux et la quotité disponible permis en sa faveur. Ces restrictions sont surtout favorables aux descendants de divorcés.

(3) Ellen-Key. — *Loc. cit.*, p. 219.

résulter des facilités de la rupture? Si le mariage est une garantie prise, au nom de la collectivité ou de la morale, contre les époux eux-mêmes (1), il ne faut pourtant pas perdre de vue l'affaiblissement actuel des idées de race et de famille. Dans le nouvel état des choses, on tâchera de prévenir le dérèglement des mœurs, en prémunissant les époux contre une trop grande propension au divorce. Il faut développer en eux les sentiments d'affection mutuelle. C'est par la cordialité des rapports, la communauté des pensées, que l'harmonie du ménage peut être maintenue, plus que par la rigueur de la loi. En réalité, les seuls arguments sérieux à opposer au divorce sont les arguments d'ordre social. Or, ceux-là mêmes, nous allons le voir, sont loin d'être déterminants.

On a soutenu, d'abord, que la décroissance actuelle de la nuptialité correspondait à la promulgation de la loi de 1884. Il y a là quelque chose de vrai ; mais la diminution du nombre des mariages remontait déjà à 1851. Le chiffre des unions conjugales est redevenu aujourd'hui plus élevé qu'il ne l'était en 1884, bien que la quantité de divorcés qui se remarient (280 à 160 p. 1000, entre 25 et 50 ans) gêne les recherches (2). Ce fait même est une réfutation directe de la critique formulée. En 1897, 2.498 hommes remariés ont épousé 907 veuves ou divorcées, et 2.113 femmes ont convolé en secondes noces avec 818 veufs ou divorcés. En 1901, il en a été de même

(1) Peytel. — *L'union libre devant la loi* (Thèse Paris, 1905, p. 90).

(2) Bordier. — *Le divorce et la séparation au point de vue démographique et ethnologique* (Bull. Soc. Dauphinoise d'ethnologie et de démographie, n° 2, 2 juillet 1899).

pour 2.957 hommes et 2.749 femmes. C'est donc que le divorce n'éloigne pas du mariage ; bien au contraire, il pousse ceux qui ont dû rompre une première union à chercher, avec un second conjoint, le bonheur qu'ils n'avaient pas précédemment trouvé.

On peut dire, également, que la natalité ne décroît pas à mesure que les cas de divorce augmentent. Son abaissement date, non point, comme on le prétend, de 1884, mais de 1875, dans tous les pays de l'Europe centrale. De tous les États (obéissant aux lois les plus diverses) sur lesquels ont porté les statistiques, ce sont les pays où le divorce est admis, dont la natalité est, proportionnellement au chiffre de la population, le plus développée (1). Il n'y a donc pas de rapport entre le divorce et le mouvement de dépopulation constaté.

On ne peut, non plus, imputer au divorce toutes les naissances naturelles. Certains départements où ces naissances sont rares voient beaucoup de divorces, et, inversement, d'autres où les divorces sont fréquents comptent peu d'enfants naturels (2). Une remarque semblable est possible lorsqu'on compare des Etats dont la législation admet l'indissolubilité matrimoniale (3) avec d'autres qui ne l'admettent pas. En France, la proportion du nombre des enfants illégitimes par rapport au nombre des naissances, qui était stationnaire depuis 1881, est en

(1) Marquat. — *Revue blanche*, 12 mai 1902.

(2) En 1901, dans le Cher, 347.725 habit., 27 divorces, 505 enfants naturels. En 1901, en Seine-et-Marne, 359.044 hab., 100 divorces, 404 enf. naturels.

(3) Valensi. — *Loc. cit.*, p. 138. (Voir, à la fin de cet ouvrage, certaines statistiques auxquelles nous nous sommes référés.)

voie de ne plus l'être, car si le nombre des enfants naturels se maintient, celui des enfants légitimes diminue (1). En réalité les deux faits, divorce et naissances illégitimes, découlent de causes sociales souvent analogues, de l'état économique du pays notamment. Il est donc rationnel qu'elles progressent ensemble, sans que cela implique nécessairement un lien entre elles.

Il en est de même des rapports qu'on voudrait établir entre le divorce et le suicide (2). L'un et l'autre, d'après M. Bertillon, impliquent un certain déséquilibre moral, mais ne sont point liés par une relation de cause à effet. Si l'on a pu dire (3) que le nombre des suicides des femmes varie en raison inverse de celui des divorces, parce que le mariage n'est pas nécessaire à la femme pour borner ses désirs et être satisfaite de son sort, l'inverse a lieu pour les hommes, le célibat étant plus contraire à la régularité de leur existence qu'à celle de la vie de la femme. Depuis 1892 le nombre des suicides décroît, en France, pour les deux sexes. Il en était autrement avant 1884, date de la loi du divorce (4). Tout porte à croire, en outre, que si la désespérance, née de l'isolement, peut inciter les gens à attenter à leurs jours, le divorce, en leur rendant la liberté de se remarier, leur permet de s'abstenir d'avoir recours à la même extrémité, en cas de chagrin domestique.

A défaut d'arguments plus convaincants, certains

(1) En 1906, 70.866 enfants naturels, 735.981 légitimes. *Revue pénitentiaire*, 1908, p. 328.

(2) V. *Compte rendu de la justice civile*, en 1891.

(3) Durkheim. — *Le suicide*. Paris, 1897, p. 290.

(4) Valensi. — *Loc. cit.*, p. 158 et suiv.

reprochent enfin au divorce son inefficacité morale. Les adultères, prétend-on, au lieu d'être moins nombreux, se multiplient : de 1881 à 1885 on en comptait 546 ; de 1895 à 1900, 1143. C'est possible, mais il faut reconnaître que la notion que nous avons du nombre des adultères commis tient surtout à la divulgation qu'en procurent les instances en divorce, de telle sorte que rien ne prouve qu'il en existât sensiblement moins précédemment qu'aujourd'hui. Autrefois un mari trompé, plutôt que d'afficher son déshonneur en public pour avoir une simple séparation de corps, se résignait à fermer les yeux ou acceptait une séparation de fait, s'il n'avait pas pris le parti de se débarrasser, en les tuant en flagrant délit, de sa femme et du complice de celle-ci. Aujourd'hui on recourt au divorce, ce qui est plus moral, mais, par là même, se révèlent des situations qui seraient restées inconnues. Le recours à l'adultère, en vue du divorce, ne doit être évidemment qu'un fait exceptionnel entre époux.

Il ne faut donc pas s'exagérer les inconvénients du divorce. M. Albanel, juge d'instruction au Tribunal de la Seine, a exposé, à propos de l'enfance coupable, que 3 % seulement des jeunes délinquants étaient fils de divorcés et que leur faute provenait plus du manque de surveillance que de la désunion de leurs parents. D'autre part, on peut dire que si l'on est frappé de la multiplicité des divorces (1) (ce qui s'observe dans tous les pays : Allemagne, Suisse, Suède, Angleterre, Hollande, Danemark) (2), c'est que le

(1) Divorces inscrits à l'état civil : 1903, 8.919; 1904, 9.807 ; 1905, 10.019 ; 1906, 10.573 (J. off. 26 novembre 1907).

(2) Valensi. — *Loc. cit.*, p. 201.

peuple fait officiellement constater de nos jours des ruptures de mariage qu'il tenait autrefois secrètes.

Les critiques soulevées ne méritent donc pas qu'on s'y arrête et nous conclurons, en terminant sur ces généralités, que, loin de revenir au principe de l'indissolubilité matrimoniale, la société actuelle se trouve, au contraire, irrésistiblement entraînée à élargir le divorce établi par la loi de 1884.

C'est de ce courant d'opinion que nous allons nous occuper maintenant. Son influence ne peut manquer de s'étendre, bien que les adversaires du divorce, contraints de céder sur le principe lui-même, aient cherché à en enrayer l'application par une série de règles d'un rigorisme injustifié.

Section III

Mouvement doctrinal

N'admettant plus, avec les philosophes du droit naturel, que « le mariage est une affection harmonique par laquelle une personne s'unit tout entière à à une autre », la plupart des gens considèrent que, quelle que soit la bonne volonté déployée par les époux, l'accord peut être rompu entre eux. Pour parer à cette éventualité, le droit révolutionnaire acceptait cinq cas déterminés de divorce, en dehors du consentement mutuel et de l'incompatibilité d'humeur déclarée par l'un des époux. La loi de 1884,

moins extensive, a supprimé ces deux dernières causes et n'a maintenu que trois cas déterminés : adultère ; excès, sévices et injures graves ; condamnation criminelle. L'effort de ceux qui ont cherché à améliorer les relations conjugales a porté d'abord sur l'augmentation du nombre des causes déterminées de divorce, puis sur l'établissement, à côté de celles déjà consacrées, d'autres formes de rupture du lien conjugal, permettant aux conjoints malheureux de se séparer sans afficher leurs infortunes intimes (1). C'est par l'étude de ces dernières formes et, notamment, du consentement mutuel, que nous allons commencer, bien que le consentement mutuel soit apparu au législateur de 1804 et à ses approbateurs comme un divorce pour causes déterminées, dont la gravité implique un huis clos spécial.

Les promoteurs des idées modernes, au premier rang desquels, à côté de M. Naquet, figurent MM. Margueritte, Magnaud, Coulon, Rivet, ont compris que, dans beaucoup de ménages fertiles en démêlés conjugaux, le mariage est loin de procurer aux époux les secours moraux et matériels auxquels ils pourraient prétendre. Le divorce par consentement mutuel devient alors la forme la plus rationnelle de dissolution du lien conjugal, à la suite d'incompatibilité d'humeur (2). Les époux ne savent bien souvent ni harmoniser leur caractère, ni adop-

(1) « L'issue d'un procès en divorce dépend souvent de l'indélicatesse avec laquelle les époux ont initié la domesticité et les amis à leurs querelles. » (Ellen-Key, *loc. cit.*, p. 295.)

(2) L'incompatibilité d'humeur est la cause de la majorité des divorces. Les statistiques étrangères le prouvent : En 1894, à Berlin, sur 1.126 divorces, 300 venaient de l'incompatibilité d'humeur ; en Suède, 83 étaient dus à cette cause, sur 292. En Italie, de 1892 à 1896, on a pro-

ter le même idéal. Pourquoi, dans ces conditions, ne pas accueillir ouvertement dans nos lois, comme forme de rupture, le consentement mutuel, qui, opérant d'une façon discrète et sans laisser d'aigreur derrière elle, est favorable à la fois aux enfants, qui ignoreront toujours les torts de leurs parents, et à ces derniers, qui pourront régler à l'amiable les effets de leur séparation? C'est d'autant plus désirable que la pratique nous offre de nombreux exemples de divorces par consentement mutuel, obtenus par des voies détournées. Les ménages qui veulent aboutir à ce résultat se mettent par avance d'accord sur les conséquences de l'instance à intervenir, sur le choix de celui des époux qui fera prononcer le divorce à son profit, sur la nature des griefs qui seront invoqués. D'habitude on se contente de jugements de défaut, contre lesquels on ne se pourvoit pas. La justice, le plus souvent impuissante à contrôler les dires des parties, croit à la réalité des dissentiments qui lui sont exposés, et, à son insu, consacre ces accords. Demander, dans ces conditions, l'introduction du divorce par consentement mutuel dans la loi n'est que régulariser un état de fait qui se renouvelle chaque jour. Une loi qu'on est amené à tourner est une loi mal faite et qui mérite d'être amendée (1).

noncé 1.257 séparations de corps pour incompatibilité d'humeur, sur 2.007 (V. Valensi, *loc. cit.*, p. 114 . On peut même se demander si, en France, la possibilité d'intenter une demande reconventionnelle en divorce, sur une demande principale de même nature, ne constitue pas une sorte de consentement mutuel, les deux époux étant d'accord sur le principe de la rupture et ne se divisant que quant aux effets qu'elle comporte.

(1) P. et V. Margueritte. — V. *La Dépêche*, de Toulouse, octobre 1902.

C'est au nom de la liberté et en prenant acte de ce qu'il est constant (1) qu'un grand nombre de ménages sont en désaccord avec les principes fondamentaux de l'association conjugale, de ce que leur dissolution est un moindre mal que leur indissolubilité, de ce que tout contrat doit pouvoir se rompre comme il se forme, que les frères Margueritte préconisent le divorce par consentement mutuel. Au cours de leur enquête de 1900, dans la « Revue », des hommes éminents de la littérature, de la politique et du droit (2) ont adhéré à leur sentiment. C'est du reste le consentement mutuel que visent la plupart des projets de notre époque sur le divorce, tels que ceux de M. Naquet (3) et des frères Margueritte, ou ceux de MM. Coulon et Magnaud (4). Ces projets, unanimes à cet égard (5), ne font qu'une réserve relative

(1) Lehr. — *Éléments de droit civil germanique*, cité par Delaunay. *Causes du divorce dans la loi actuelle* et *extension probable au point de vue législatif* (Thèse Paris, 1905, p. 83).

(2) « *La Revue* », mars 1901, p. 480 et suiv. — Citons, à titre documentaire, quelques opinions : « Je suis d'avis, déclare M. le député Beauquier, que le divorce devrait pouvoir résulter du mutuel consentement des époux ; le mariage y gagnerait en moralité et en dignité et on éviterait de la sorte les répugnantes lessives de linge sale auxquelles le divorce actuel nous fait trop souvent assister. » « Tous nos efforts, ajoute M. H. Coulon, doivent d'abord porter sur ce point : le divorce par consentement mutuel. Les magistrats empêchent par tous les moyens possibles le divorce, dès qu'ils voient les deux époux consentants, et pourtant, en réalité, ce devrait être tout le contraire. » Aux auteurs dont les noms figurent dans la « *Revue* », il faut ajouter, comme ayant répondu à cette enquête, par des articles séparés, MM. Paul Adam, Barthou, H. Béranger, Bradamante, Dorchain, U. Gohier, D. Lesueur, Masson Forestier, M. Prévost, René Viviani, qui ont émis sur ce sujet des idées plus ou moins avancées.

(3) La proposition, sur ce point, de M. Naquet, fut retirée par lui, afin de permettre le vote de la loi de 1884.

(4) Ce dernier, déposé par M. Morlot en décembre 1901.

(5) La commission de réforme judiciaire de la Chambre (26 février

à la nécessité de garantir les époux, à l'aide d'un délai d'épreuve ou d'une tentative de conciliation, contre un entraînement issu d'un mouvement d'humeur. Les seules différences existant entre eux portent sur la procédure. Les frères Margueritte voudraient instituer un tribunal familial ; M. Coulon, maintenir la compétence civile ordinaire. De tout ce qui précède, nous ne retiendrons que le nombre considérable des opinions favorables au divorce par consentement mutuel et la conformité de celui-ci avec les mœurs, auxquelles rien ne résiste (1). En Italie, en effet, où l'on ne peut divorcer, on sollicite, pour le faire, la naturalisation à l'étranger ; aux Etats-Unis, on se rend au Canada, où les formalités de rupture sont faciles ; en France, on cherche à tromper la justice (2), les riches recourant à prix d'argent à des agences spéciales, les pauvres utilisant les renseignements recueillis par la police, qui sont de valeur très inégale suivant leur origine et sur lesquels se fondent la plupart des jugements d'assistance judiciaire. Il serait juste, dans ces conditions, de mettre en harmonie la loi et l'esprit public. Les projets en cours sont, du moins, une preuve évidente des progrès du droit vers l'individualisme.

1907 a admis le divorce par consentement mutuel, sur un rapport de M. Violette, consécutif au projet déposé par M. Martin. Le tribunal le prononce à l'aide de procédures abrégées, mais après un délai d'épreuve de deux ans. Il ne peut intervenir qu'après trois ans de mariage et implique trois comparutions devant le juge pour affirmer sa volonté de divorcer. Les époux doivent à l'avance régler eux-mêmes les mesures provisoires, la garde des enfants et la pension alimentaire, s'il y a lieu.

(1) Valensi. — *Loc. cit.*, p. 117 et suiv.

(2) Jugement de Château-Thierry, 5 février 1903.

Le mariage peut être considéré soit, à un point de vue supérieur, comme l'union de deux personnalités morales, soit comme un fait social à caractère contractuel. Dans la première hypothèse, on peut le concevoir indissoluble ; dans la seconde, il doit pouvoir être détruit d'un commun consentement ou par la faute de l'une des parties, mais non par la volonté, non motivée, de l'une d'elles. Or, très fréquemment, l'un des époux, peut-être même le coupable, refuse de consentir à une rupture pour des raisons qui n'ont, avec la vie conjugale, que de lointains rapports, les intérêts pécuniaires par exemple. Il importe de pouvoir lui forcer la main, lorsqu'il est impossible de recourir contre lui à une des causes déterminées de divorce. Aussi, les frères Margueritte ont-ils émis l'idée que la volonté d'être unis devrait exister chez les époux, non seulement au moment du mariage, mais à tout instant dans le cours de leur existence. Ils peuvent s'être trompés ou avoir mal apprécié leur valeur réciproque : ils ne doivent pas subir indéfiniment les conséquences de cette erreur. D'ailleurs le mariage n'est pas un pur contrat ; il s'y mêle un élément moral (1) et il est impossible que l'association légale de deux personnes survive à la séparation sentimentale de leurs cœurs. « Il peut arriver que de deux êtres liés ensemble, l'un par bassesse d'âme, vengeance, cupidité, haine, veuille garder l'autre, poursuivre l'exécution d'un contrat désormais privé de toute noblesse, ravalé à on ne sait quoi de sordide, de despotique. Admettrons-nous qu'au XX^e^ siècle, alors que la loi abolit l'esclavage, interdit les vœux

(1) Peytel. — L'*Union libre devant la loi* (Thèse Paris, 1905, p. 176).

éternels, une autre loi permette qu'un être reste asservi à un autre être jusqu'à sa mort ou à celle de son bourreau ? (1) ». Evidemment le bon sens fait répondre non. Mais alors, a-t-on dit, le divorce ne s'impose pas seulement par consentement mutuel ; il se justifie aussi bien par déclaration de volonté unilatérale. Cette déduction est contredite, même par les correspondants des frères Margueritte, favorables au divorce par consentement mutuel. Tantôt on lui reproche de ne pas respecter, bien que ce ne soit pas là une règle générale (2), la symétrie qui doit exister entre la formation et la dissolution des contrats, tantôt on lui objecte que la femme apporte en mariage un capital d'une nature spéciale (3), qu'elle ne peut retrouver une fois dissipé, ce qui la frappe d'infériorité en cas de divorce. A ce dernier argument, très fort à la vérité, on peut répondre que la femme doit trouver, selon le droit commun, dans une indemnité pécuniaire, la réparation des torts qui lui auront été causés. La jurisprudence, ajoute-t-on, l'a admis à propos de la rupture injustifiée des fiançailles. Sans doute il existe une différence entre cette situation et la précédente, où la femme n'a plus son intégrité physiologique ; mais il ne faut pas oublier que c'est un principe de notre droit, que tout fait quelconque de l'homme qui cause préjudice à autrui trouve sa sanction dans la réparation que le juge accorde.

(1) P. et V. Margueritte. — *La Dépêche*, de Toulouse, octobre 1902.

(2) Valensi. — *Loc. cit.*, p. 267. « La formation d'un contrat (ici le mariage) suppose l'accord de deux volontés. Pourquoi en serait-il différemment pour sa rupture ? »

(3) « *La Revue* », mars 1901, p. 502.

Cette façon de raisonner, il faut en convenir, a son point faible en ceci, qu'une réparation pécuniaire sera toujours impuissante à effacer le dommage subi par une femme délaissée après un certain temps de cohabitation. En tout cas, si elle était suffisante pour faire écarter l'objection formulée, elle devrait l'être aussi pour faire repousser la théorie d'après laquelle on devrait réserver à la femme seule l'exercice du divorce par déclaration de volonté unilatérale (1), à cause de son infériorité qui exige des compensations (2) dans le mariage. Cette dernière thèse est, d'ailleurs, contraire aux idées égalitaires actuelles et même aux tendances féministes, lesquelles souhaitent l'attribution aux hommes et aux femmes de droits égaux. Les féministes ont émis des vœux favorables au divorce par déclaration de volonté unilatérale de la part de l'un quelconque des conjoints (3).

Ce qu'on reproche surtout au divorce par déclaration de volonté unilatérale, c'est d'être une répudiation. C'est vrai, répondent ses partisans, mais il faut éviter d'être dupe des mots. C'est une répudiation, non point réservée à un seul des époux et immédiatement exécutée à la façon antique, mais un mode de congédiement dont l'un et l'autre époux peuvent user et qui est entouré de toutes les garanties nécessaires, pour qu'aucun doute ne s'élève sur la sincérité et la persistance du désir de rompre chez celui des deux qui veut s'en prévaloir. En général, c'est une répudiation avec un temps d'épreuve ; donc

(1) Faguet. — *Revue bleue*, 15 novembre 1902.

(2) Elle n'abuserait pas, dit-on, de cette faculté, sa nature la portant à maintenir le plus possible la vie commune.

(3) M. Prévost. — « *La Revue* », 1er mars 1901, p. 499.

une forme de divorce régulière et réfléchie, tout aussi respectable que celle que, bien des fois, nos tribunaux surchargés ratifient, avec en moins l'exposition en public des infortunes conjugales.

Il faut reconnaître qu'en envisageant ainsi les choses, on s'éloigne de l'opinion des auteurs qui déclarent « qu'abandonner le divorce à la volonté d'un seul, ce serait la soumission de la volonté humaine à on ne sait quelle providence capricieuse », Il est possible qu'il y ait là une institution, de caractère féministe et démocratique, favorable à la fois aux parents et aux enfants, à qui elle éviterait le scandale qu'entraîne fréquemment avec elle la procédure actuelle du divorce. Mais les esprits sont-ils préparés à une réforme aussi profonde ? C'est peu probable. La faveur dont jouissent ces tendances est, du moins, une preuve de l'importance qu'acquiert, de nos jours, le mouvement individualiste et de son influence sur notre législation.

Ne risque-t-on pas, en se laissant entraîner par ce courant, d'aller jusqu'à l'union libre ? Peut-être, si, par union libre, on entend, non pas l'accouplement passager de deux êtres, mais une union légale, qui se caractériserait seulement par ce trait qu'elle serait aussi facile à former qu'à rompre. D'aucuns pensent que, par elle, on éviterait à la fois l'étalage des dissensions entre époux, les fraudes à la loi et les complications d'ordre pécuniaire, c'est-à-dire les conséquences inévitables du divorce, tel qu'il se pratique aujourd'hui (1).

Parmi les observations qu'ils ont faites, les parti-

(1) V. la Section 7 du chap. III, infra.

sans de l'élargissement du divorce ont remarqué qu'il était des circonstances dans lesquelles l'injure ressentie par l'époux outragé était si grave qu'elle le plaçait entre le pardon et la rupture immédiate. Aussi, à côté des causes générales dont nous venons de parler, et qui, dans leur pensée, impliquent avant la consommation du divorce un délai d'épreuve, ont-ils cherché à accroître le nombre des causes déterminées déjà admises par la loi. Trois systèmes, en effet, sont possibles pour la recevabilité du divorce. On peut : 1° ne l'accorder que pour violation des devoirs conjugaux, ce qui est l'idée première du Code ; 2° l'admettre pour toute faute grave, conjugale ou non, ce qui est l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'art. 231 du Code civil ; 3° le permettre, même en l'absence de faute, dès que la vie conjugale est incomplète, ce qui est la manière de voir des réformateurs modernes, et, fait curieux, ce qui paraît avoir existé dans les lois gauloises du x^e^ siècle (1), qui n'autorisaient l'abandon du mari par la femme que pour impuissance, lèpre et haleine infecte. Le progrès des idées s'affirmant chaque jour, ce dernier système acquiert graduellement plus de faveur. On a proposé d'ajouter aux trois cas du Code civil, d'autres cas de divorce. Sans parler des divers projets (2) élaborés à cet égard, notamment de celui du Comité de réforme du mariage, on peut citer les propositions des frères Margueritte, qui condensent toutes les autres. Elles ont pour objet d'ajouter aux trois cas actuels : les condamnations correctionnelles de quelque gravité

(1) Kœnigswarther. — *Organisation de la famille en France*, p. 41.

(2) Certains projets sont assez restreints. V. p. ex. le projet Colin, relatif à la folie, déposé à la Chambre le 3 juillet 1906.

et de nature à entacher la considération dont jouit le conjoint (§ 3 du projet), la folie persistante (§ 5), le dérèglement des mœurs (§ 6), la séparation volontaire de fait pendant un certain temps (§ 7), le refus injustifié du mari de subvenir à l'entretien de sa femme (§ 8), l'absence pendant deux ans (§ 9), les fausses dénonciations et calomnies (§ 12), l'impuissance (§ 10), les infirmités dégoûtantes et incurables (§ 11), l'acquisition d'un gain déshonnête (§ 13), l'ivrognerie, l'intempérance habituelle et continue (§ 14), les dissentiments religieux postérieurs au mariage (§ 15), l'aversion profonde et indicible d'un époux pour l'autre (§ 16), toute cause jugée suffisante par le Tribunal (§ 17).

En dehors de l'avant-dernier de ces cas de divorce, qui trahit très nettement la tournure individualiste de notre droit, nous n'insisterons que sur les maladies diverses dont s'occupent les projets que nous venons de résumer, car, seules, en tant que causes de divorce, elles peuvent sérieusement prêter à contestation. L'assistance et le secours que se promettent les époux en se mariant les obligent-ils à se soigner réciproquement, même pour des maladies incurables ou honteuses ? Voilà la question qui se pose. Oui, en stricte logique ; mais serait-il humain de river à un conjoint jeune et plein de santé son conjoint impotent, acariâtre et destiné à rester toute sa vie une charge pour son époux ? Il semble qu'il ne doive y avoir là qu'une question de conscience, dépendant surtout des rapports d'affection et de dévouement des mariés entre eux, dès avant la survenance de la maladie. L'invalide, tout le premier, n'aurait qu'à perdre à des soins donnés à contre-

cœur. Ajoutons que les infirmités proposées comme cas de divorce sont si graves (la folie entre autres) qu'elles rendent impossible la continuation de la vie commune. Seule l'impuissance reste une cause de séparation contestable. On conçoit très bien, en effet, un but pour le mariage en dehors des enfants. Il est même bon nombre de gens mariés, aptes à avoir une descendance, qui cherchent à réduire ou à supprimer totalement celle-ci.

Ces explications nous amènent à signaler, en passant, un projet d'une commission de la Société d'études législatives, qui, reprenant une règle du droit canon, voudrait voir annuler, pour erreur sur les faits antérieurs à la célébration, des mariages où l'un des époux aurait été trompé sur la situation civile ou de famille de l'autre, sur ses antécédents judiciaires, ou bien aurait ignoré des vices de conformation génitaux, la syphilis ou autres maladies analogues de son fiancé (1).

L'opinion publique est déjà si bien pénétrée de ces tendances, à caractère individualiste, que le prince de Monaco, établissant le 19 septembre 1907 le divorce dans ses Etats, a admis, comme causes déterminées : l'aliénation mentale, l'épilepsie, le délire alcoolique et la syphilis. D'un autre côté, chez nous, on a réclamé la modification de la procédure du divorce, trop longue, trop publique, trop coûteuse, sans effet conciliateur et souvent terminée par un jugement de défaut. Les divers projets émis essaient d'atténuer la publicité par l'usage de jugements en Chambre du

(1) V. Romentin.— *Comment la jurisprudence a interprété les textes du Code, en matière de droit de famille* (Thèse Paris, 1907, p. 74).

Conseil, ou l'établissement d'un Tribunal arbitral. Ils ne visent pas assez à la rapidité de la procédure, surtout pour les causes de divorce indéterminées, dont les délais, de plusieurs années, sont vraiment excessifs. Les jugements de défaut (1) devraient être rendus insusceptibles d'opposition. Habituellement, ils représentent une forme indirecte du consentement mutuel ou un procédé peu loyal pour gagner du temps aux dépens de l'adversaire. Enfin, les frais pourraient être réduits par la suppression des enquêtes, à la suite de d'admission du consentement mutuel, ou la diminution des droits énormes d'enregistrement perçus sur les jugements définitifs.

D'autres propositions moins importantes et que, pour ce motif, nous négligerons d'exposer en détail, bien qu'elles aient aussi un caractère individualiste, sont relatives à la suppression, soit de l'article 244 du Code civil, qui efface, pour cause de réconciliation, les griefs qu'un époux avait contre l'autre, soit de l'article 295 qui interdit aux époux divorcés de se réunir, si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un second mariage, suivi d'un nouveau divorce. Déjà la loi du 15 décembre 1904 a abrogé l'article 298, qui prohibait le mariage entre l'époux divorcé pour adultère et son complice.

On s'est plaint de ce que le législateur n'avait pas donné de garanties à la femme divorcée qui obtient une pension. En cours d'instance, elle est protégée par la loi de 1907 sur le salaire des femmes. Plus tard,

(1) En 1901, au Tribunal de la Seine, sur 2.421 demandes en divorce, il y a eu 1.904 défauts.

elle ne peut l'être que si l'on érige en délit l'abandon de famille, ainsi que l'a proposé M. Charmont (1), et si l'on assimile à ce délit le défaut de paiement de la pension de la divorcée. Pour ce qui est des enfants, on a demandé que le Tribunal, prononçant le divorce, fût dans l'obligation légale, comme sous l'empire de la loi du 20 août 1792, de statuer sur leur sort, de fixer pour eux une pension et même de forcer leurs parents à les doter.

Ainsi, l'institution du divorce tend à se mettre en harmonie avec les mœurs, qu'ont pénétrées les théories nouvelles. Le mariage subit incontestablement, à l'heure actuelle, une crise. Le meilleur moyen de l'affermir, est de le rapprocher de l'idéal qu'a en vue l'opinion publique. Son indissolubilité, nous l'avons dit, ne peut procéder de la loi, mais bien plutôt de l'intime, cordiale et franche union des époux.

Maintenant que nous avons exposé les idées générales contenues dans les projets de réforme concernant le divorce, nous allons examiner l'œuvre jurisprudentielle relative à cette institution. Comme celle de la doctrine, cette œuvre tend à la consécration des droits de l'individu.

Section IV

Jurisprudence

Bien que retenus dans des limites étroites par l'existence des textes, les tribunaux se sont efforcés

(1) V. *Bull. Soc. d'Étud. lég.*, 1901-1902.

de faire la plus large part au respect dû à la personnalité des époux (1). En matière d'adultère, par exemple, tout en admettant ordinairement que la connaissance par le mari des déportements de sa femme l'empêche d'obtenir le divorce (Paris, 18 juillet 1893, D. P. 93. 2. 191), du moins, s'il a favorisé cette inconduite (Paris, 5 janvier 1903, D. P. 1904. 2. 296), ils se réservent le droit d'apprécier la valeur des preuves qu'on leur présente, sans se considérer comme tenus d'exiger un constat régulier ou un jugement correctionnel. Ainsi, ils se fonderont sur de simples témoignages, des lettres missives (Nancy, 30 janvier 1886 ; Le Droit, 24 février 1886 — Seine, 2 février 1883; Gaz. Pal., 1885. 1. 73 — Crim., 5 janvier 1906; D. P. 1908. 1. 49) ou même sur de simples présomptions (Civ. cass., 13 novembre 1889. D.P. 1890. 1. 36 — Orthez, 11 janvier 1890 ; La Loi, 21 novembre 1890).

Mais c'est, surtout, grâce au second cas de divorce, que la jurisprudence a pu faire œuvre émancipatrice, à l'aide de l'extension de l'idée d'injure qui, elle-même, peut être regardée comme comprenant les excès et sévices. Le résumé des nombreux arrêts intervenus à cet égard sera la meilleure démonstration de ses tendances. Son évolution part du droit, que s'arrogent les cours de justice, d'apprécier souverainement les griefs de divorce qu'on leur soumet (Req. 14 mai 1902; D.P. 1902. 1. 221 — 24 octobre 1906; D.P. 1907, 1. 246). Tandis que la doctrine, avec Demolombe, déclarait que « l'injure résulte des paroles, écrits ou faits outrageants par lesquels l'un des époux attente

(1) V. Valensi. — *Loc. cit.*, p. 21 et s.

à l'honneur de l'autre ou témoigne pour lui des sentiments de haine, d'aversion ou de mépris (1) », la pratique judiciaire a décidé que l'injure est toute parole, tout écrit ou tout acte, qui, bien que n'impliquant pas nécessairement chez son auteur l'intention d'offenser son conjoint ou de lui nuire, n'en a pas moins pour effet de l'atteindre dans sa considération ou son honneur (Toulouse, 5 juillet 1886 ; Gaz. Pal. 1886. 2. 461 — Perpignan, 4 décembre 1893 ; Le Droit, 17 mars 1894) (2). La notion de l'injure s'est donc étendue. Pour s'en convaincre, il importe de classer les faits injurieux en deux catégories : faits conjugaux et faits extra-conjugaux.

Le premier groupe comprend les infractions aux règles du mariage (entre autres, l'absence ou l'abandon du domicile conjugal) qui, pour entrer en ligne de compte, devront être injustifiées. Le fait, pour un époux, d'aller chercher fortune à l'étranger, en promettant de revenir (Seine, 18 juillet 1889 ; La Loi 18 août 1889), de fuir des poursuites pénales (Nancy, 10 mars 1888 ; Gaz. Pal. 1888, 2 Suppl., p. 33) ou des poursuites de créanciers (Seine, 14 juin 1897 ; Gaz. Trib. 22 septembre 1897), le départ de la femme pour exécuter un engagement théâtral, auquel le mari ne s'est pas opposé (Seine, 13 mai 1901 ; La Loi, 24 juin 1901) ne seraient pas des motifs suffisants pour justifier le divorce. Cependant beaucoup de décisions (3) se contentent d'imposer au deman-

(1) Demolombe. — T. IV, p. 480 ; Aubry et Rau. — T. V. p. 175, 176, § 491.

(2) Ces décisions sont relatives, l'une à un abus de confiance, l'autre à la mise en réforme d'un militaire.

(3) Contra jug. Seine, 7 mai 1885, réformé par C. Paris, 8 juillet 1886, S. 86. 2. 164. — Seine, 9 novembre 1891, Gaz. trib., 4 décembre 1891.

deur la preuve de la matérialité de l'absence, laissant à l'adversaire le soin de démontrer son défaut de culpabilité (Paris, 17 avril 1888 ; S. 1888. 2. 287) (1). C'est alors faire, en quelque sorte, de l'absence un cas de divorce. On a même jugé qu'une lettre contenant des adieux éternels constituait la preuve d'un abandon injurieux (Riom, 21 mars 1906 ; D. P. 1906. 2. 270). Réciproquement, et bien que quelques arrêts dissidents (Seine, 21 novembre 1900 ; Gaz. Trib. 16 mars 1901 ; Montpellier, 16 janvier 1902. S. 1902. 2. 133) aient admis la nécessité de prouver une faute de la femme en cas d'abandon par elle du domicile conjugal, la Cour de cassation (6 novembre 1888, S. 1889. 1. 64) considère son simple refus de cohabiter avec son mari comme injurieux. Même solution si le mari ne fournit pas à la femme un logement convenable (Bastia, 20 mai 1902. D. P. 1904. 2. 231). Le refus du devoir conjugal donne lieu aux mêmes appréciations. Si des décisions ont exigé, pour en faire état, que ce refus fût injustifié et qu'on en rapportât la preuve (Nîmes, 5 juin 1894, D. P. 1896. 2. 142 ; Cass. 22 février 1899, D. P. 1899. 1. 211) ou que ce caractère du refus ressortît des circonstances extérieures (Seine, 12 juillet 1895, Gaz. Trib. 10 novembre 1895 ; Req. 30 novembre 1898, Gaz. Trib. 31 janvier 1899), d'autres arrêts se contentent de la simple démonstration de l'abstention (Besançon, 26 juillet 1889, S. 1889. 2. 156 ; Montpellier, 29 novembre 1897, La Loi 11 juin 1898 ; Req. 12 novembre 1900, Gaz. Trib. 16 novembre 1900). C'est, en tous cas, une question

(1) Baudry et Chauveau. — *Des personnes*, t. 3, p. 31.

de fait relevant de l'appréciation souveraine des tribunaux (Cass. 6 avril 1908, D. P. 1908. 1. 240). De ce qui précède on peut donc inférer que « les faits qui se rattachent à une obligation légale résultant du mariage, pour constituer des motifs de divorce, doivent être injurieux, mais que la tendance générale de la jurisprudence est plutôt de sous-entendre l'intention injurieuse (1) ».

A côté des faits conjugaux, se rencontrent les faits extra-conjugaux. Ce sont « les paroles injurieuses, les propos blessants, les marques de dédain, qui témoignent d'une aversion ou d'un mépris inconciliable avec l'état d'époux et sont en désaccord avec la conduite et l'éducation de chacun d'eux (2) ». Les tribunaux réclament d'habitude la preuve de l'intention outrageante (Toulouse, 30 janvier 1896; La Loi 21 mars 1896, à propos d'injures voulues : déclaration que le mariage a été conclu à contre cœur ; Paris, 18 mars 1887, Gaz. Pal. 22 mai 1887 : imputation de maladies et de vices honteux) ; mais il existe quelques arrêts contraires (Montpellier, 1er février 1886 (3) : outrages proférés par un mari fou dans un moment d'hallucination maladive).

Les faits extra-conjugaux sont postérieurs ou antérieurs au mariage. Le premier groupe comprend, par exemple, le fait de vouloir surprendre sa femme en adultère fictif, c'est-à-dire machiné à cet effet (Montpellier, 2 décembre 1907, *Moniteur judiciaire*

(1) Valensi. — *Loc. cit.*, p. 44.

(2) Charpentier. — *Répertoire de Droit français*, v° Divorce et séparation, § 622.

(3) Cité par Delaunay. *Causes du divorce dans la loi actuelle et leur extension probable au point de vue législatif* (Thèse Paris, 1905, p. 79.

du Midi, 5 juillet 1908) ou, de la part de la femme, de tendre le même piège à son mari (Seine, 8 février 1908, *Petit Méridional*, 17 février 1908). Mais les décisions les plus intéressantes portent sur l'abus d'une obligation conjugale et les condamnations pénales encourues par l'un des époux. Ainsi, les exigences excessives à l'endroit du devoir conjugal ont un caractère injurieux, surtout si la femme se trouvait exposée à contracter une maladie vénérienne dont le mari était atteint (Cass. 18 janvier 1892, S. 1892. 1. 80), pourvu que ce dernier ait eu conscience de son état (Saint-Quentin, 24 janvier 1907, D. P. 1907. 5. 28). Est, aussi, outrageant le fait de se faire soigner par sa femme de la syphilis contagieuse (Nancy, 30 juin 1886, S. 1886. 2. 181) ou l'usage de pratiques contre nature (Nîmes, 5 juin 1894, S. 96. 2. 142). Mais la preuve de celles-ci ne peut être faite par témoins (Orléans, 4 mars 1903, D. P. 1905. 2. 67). La rédaction de l'art. 232 du Code civil laisserait croire que les sanctions autres que les condamnations criminelles visées par lui sont sans effet sur le sort du mariage. Cependant la jurisprudence, se fondant sur l'art. 231, déclare injurieuse toute condamnation correctionnelle qui atteint l'honneur du conjoint du condamné (Toulouse 31 décembre 1888, S. 1889. 2. 61 ; Seine, 3 mars 1898, Le Droit, 20 avril 1898). L'accomplissement, même, d'un simple acte malhonnête, non suivi de sanction pénale, pourrait être pris en considération (Seine, 2 juin 1890, Le Droit, 26 juin 1890, au sujet de détournements de titres remis à un percepteur pour un usage déterminé). Les tribunaux apprécient

le caractère de ces faits d'après leur mobile (Seine, 20 décembre 1895, La Loi, 15 janvier 1896).

Malgré l'opinion contraire émise par M. Naquet (1), la justice n'hésite pas à voir dans certaines condamnations correctionnelles une cause de divorce. Elle s'est déjà prononcée en ce sens pour l'escroquerie, l'abus de confiance, la grivèlerie (Toulouse, 7 juillet 1886, D. P. 1888. 2. 52), les coups et blessures sur la mère du conjoint ou sur les enfants (Die, 10 novembre 1887, Gaz. Pal., 1887. 2. 669 ; Seine, 31 mars 1890, La Loi, 28 mai 1890). Elle établit une solidarité d'honneur entre époux, en vertu de laquelle la flétrissure de l'un rejaillit sur l'autre et légitime le divorce (Toulouse, 31 décembre 1888, D. P. 1890. 2. 104). Ainsi s'efface l'élément intentionnel de la notion d'injure. Il en est de même pour l'ivresse habituelle, notoire et publique (Chambéry, 13 mars 1905, D. P. 1905. 5. 23) et la Cour d'Agen (30 janvier 1905, D. P. 1905. 2. 63) a encore prononcé un divorce pour aliénation mentale due à l'alcoolisme et précédée de scènes d'ivrognerie outrageantes pour le conjoint. Cependant, en général, au cas de folie, le demandeur devra prouver que son conjoint avait conscience de ses actes en les accomplissant (Seine, 12 février 1906, D. P. 1906. 5. 19). La Cour de cassation (Req. 6 mai 1907, D. P. 1907. 1. 408) a, enfin, décidé qu'il y avait lieu à divorce pour habitude de jeu, contractée par le mari depuis le mariage. Il est donc à peu près établi à l'heure actuelle, ainsi que le disait déjà la Cour de Toulouse le 31 décembre 1888, que, « lorsque, par la faute

(1) J. off. 9 mai 1882, p. 532.

d'un des conjoints, l'estime n'est plus possible, la vie commune ne peut se continuer ; une doctrine contraire détruirait la moralité du mariage. »

Cette conclusion est aussi celle qui peut s'induire de la jurisprudence afférente aux faits antérieurs à la célébration du mariage. Bien qu'une première opinion (Aubry et Rau, t. V, p. 178, § 491, note 26; Demolombe, n° 392; Cambrai, 28 mars 1888, D.P. 88. 5. 165) se soit montrée hostile à l'admission de ces faits comme cas de divorce, les personnes, même, qui l'adoptent, consentent à faire état de ces griefs, lorsque ceux-ci peuvent, au cours du mariage, entraîner des conséquences injurieuses pour l'autre époux (Lyon, 4 août 1891, Mon. de Lyon, 12 mars 1892; Paris, 10 août 1892. S. 1893, 2. 214). Dans une seconde opinion, on accepte d'une façon générale, comme cas de divorce, les faits antérieurs à la célébration (Dijon, 18 juillet 1891, La Loi. 23 octobre 1891 ; Bar-sur-Aube, 6 décembre 1902, S. 1903. 2. 52, à propos de l'inconduite ou de la grossesse de la femme ; Seine, 19 mai 1888, Gaz. Pal., 30 mai 1888, pour le recel de l'état ecclésiastique ; Orléans, 4 mars 1903, D.P. 1905. 2. 67; Dax, 30 novembre 1906, D. P. 1907. 2. 135, au sujet de la conscience qu'avait l'époux de son impuissance ; Cass., 26 juillet 1893, D.P. 1894. 1. 260, pour une condamnation subie par un parent des conjoints, que l'on avait cachée à l'autre (1). On peut donc affirmer que la juris-

(1) On peut rapprocher de ces tendances un courant jurisprudentiel qui tend à faire rentrer dans les causes de nullité de mariage l'erreur sur la personne civile, notamment l'usurpation par le mari d'un faux état civil pour dissimuler ses antécédents (Paris, 4 février 1860 D. P. 60. 2. 87; Chambres réunies, 24 avril 62, D. P. 62. 1. 153; Paris 12 mars 1903. D. P. 03. 2. 191; Pont-l'Évêque, 22 mai 1906, D. P. 07. 5. 5).

prudence entend par injure « tout fait intentionnel ou non, commis par l'un des époux et constituant un manquement grave à ses devoirs envers l'autre ou attestant que la vie commune n'est plus compatible avec la nature du mariage (1). » C'est l'idée directrice du Code fédéral suisse (art. 45-47), du Code civil allemand (art. 1568) ; c'est encore et surtout celle des réformateurs dont nous avons exposé les tendances au cours de ce chapitre.

L'ivresse, les maladies graves, l'absence, l'impuissance, que ces auteurs désirent voir classer par nos lois au nombre des causes de divorce, ont déjà ce caractère, en jurisprudence, sous le nom d'injure. La doctrine nouvelle et les tribunaux ont donc adopté le même idéal, qui est d'élargir le divorce pour assainir le mariage, en accordant à chacun des époux le maximum de liberté possible. Bien plus, si quelques arrêts, en présence de machinations trop apparentes (Seine, 14 mars 1889, Gaz. Pal., 1889. 2. supp. 8 ; Paris, 8 novembre 1893, le Droit, 29 décembre 1893) se refusent à enregistrer de vrais divorces par consentement mutuel, préparés avec le concours d'agences spéciales, au moyen de simulation de causes légales de rupture, beaucoup de magistrats (2) consentent à fermer les yeux, volontairement ou faute de renseignements, dès que les apparences sont suffisamment respectées. La trace de tels agissements se retrouve dans le passé, puisque le maréchal de Saxe y eut recours, en 1721, par la simulation d'un adultère. Les grandes villes

1) Valensi. — *Loc. cit.*, p. 71.

2) Serré de Rivière. — *Le Matin*, 2 janvier 1903.

abritent des organisations régulièrement occupées à exercer ce genre d'industrie.

Section V

Législation

Si la jurisprudence présente quelque unité de direction, les réformes accomplies par le législateur depuis 1884 offrent plutôt le caractère d'une œuvre parcellaire. Nous ne nous appesantirons par sur la loi de 1886. Disons seulement qu'elle a visé à simplifier la procédure. Auparavant, « à partir de la citation, le Tribunal n'avait pas moins de trois jugements à rendre : jugements admettant la demande, ordonnant l'enquête et définitif. » De plus, l'enquête avait lieu en audience publique. « Or, en 1885, on pouvait déjà pressentir le moment où, malgré le zèle déployé par les magistrats, certains tribunaux verraient s'accroître dans des proportions fâcheuses le nombre des affaires arriérées (1). » La loi de 1886 a supprimé l'enquête à l'audience, le jugement autorisant à agir et une des comparutions devant le président du siège. Nous ne retiendrons de ces dispositions que le désir manifesté par le législateur de faciliter aux plaideurs l'accès du divorce.

Ultérieurement, la loi du 6 février 1893, qui a

(1) Exposé des motifs du Gouvernement au Sénat, 13 juin 1885. (Carpentier, *La loi du 18 avril 1886*. Paris, 1888.)

rendu à chacun des époux divorcés l'usage de son nom, a, dans le but équitable de maintenir la balance égale entre eux, déclaré le pourvoi en cassation suspensif en matière de divorce, contrairement au droit commun. L'état de choses antérieur permettait de réduire à néant l'intervention de la Cour suprême, puisque, avant même qu'elle eût statué, la transcription à l'état civil de l'arrêt frappé du pourvoi rendait le divorce définitif.

Nous ne reviendrons pas sur la loi du 15 décembre 1904, abrogeant l'art. 298 du Code civil, qui prohibait le mariage d'un époux adultère avec son complice. Nous avons déjà souligné l'opportunité de cette abrogation et y voyons un judicieux préambule à la loi du 9 septembre 1907 sur la légitimation des enfants adultérins et incestueux. Nous dirons seulement que la loi du 13 juillet 1907, modifiant les articles 296 et 297 C. civ., fait commencer les délais de viduité au premier jugement contradictoire ou sur le fond, en cas de demande directe en divorce, et les supprime, en cas de conversion de séparation en divorce. « Il était absurde, dit M. P. Margueritte, de faire partir ce délai, explicable et motivé en soi, du jour de la transmission définitive de la sentence de divorce sur les registres de l'état civil. C'était absurde surtout quand il s'agissait de divorcés ayant épuisé les juridictions successives... Cette prolongation de supplice, à des gens divorcés en fait depuis si longtemps, était d'une chinoiserie vraiment cruelle (2). »

Là s'arrête le maigre bilan législatif, au sujet du

(2) P. Margueritte. — « *Le Journal* », 13 septembre 1908.

divorce proprement dit. On comprend que son insuffisance, devant une jurisprudence qui a su se montrer accessible aux théories nouvelles, accroisse les chances de succès de projets de loi qui ne font, en somme, que s'approprier, en la rendant homogène, l'œuvre des tribunaux.

Section VI

La séparation de corps et le divorce

Une des causes du peu de développement du divorce dans nos lois est l'existence, à côté de lui, de la séparation de corps, qui, tout en permettant aux époux de vivre isolés, laisse subsister le mariage. La séparation est très utile aux catholiques convaincus, qui n'admettent d'autre cause de rupture du lien conjugal que la mort et les nullités canoniques. Aussi, à plusieurs reprises, ceux-ci ont-ils voulu en faire, même pour les fidèles des autres religions, la seule ressource en cas de conflit entre époux. « Si le dogme de l'indissolubilité, disait M. de Trinquelague à la Chambre, n'est pas reconnu par toutes les églises chrétiennes, il l'est incontestablement par l'église catholique, et la religion de cette église, est celle de la majorité des Français. La loi civile qui permet le divorce est donc en opposition avec la loi religieuse. Cette opposition ne doit pas exister ; car, la loi civile empruntant sa plus grande force à la loi religieuse, il est contre sa nature d'induire les cito-

yens à la mépriser (1). » Plus tolérants, les législateurs de 1884 ont juxtaposé les deux modes de dissolution du mariage. Cependant, les laisser coexister sans lien entre eux était impossible. La séparation, en effet, dispense les époux des rapports conjugaux, mais leur interdit, sous peine d'adultère, de se créer un nouveau foyer. Elle les pousse, par un célibat forcé, vers les relations illégitimes (2). Aussi a-t-on demandé, soit la suppression pure et simple de la séparation, soit la possibilité de sa conversion en divorce.

Une mesure intermédiaire, due à la loi du 5 février 1893, attribuait à la séparation une partie des conséquences du divorce, pour ce qui a trait soit au nom du conjoint, soit à la capacité civile, dont la femme reprenait l'entier exercice, soit aux effets pécuniaires ou sociaux du relâchement du lien conjugal. Seules les conséquences d'ordre personnel et purement matrimonial (l'impossibilité de se remarier, p. ex.) séparaient les deux institutions rivales. La conversion a justement pour but d'y remédier.

L'ancien article 310 du Code civil autorisait les tribunaux, en chambre du conseil, sur la demande de l'un des époux, à transformer en divorce les jugements de séparation. Ces actions étaient fréquentes et la jurisprudence avait édifié trois théories à ce sujet. La première, hiérarchisant la séparation et le divorce, accordait ou non la conversion suivant la gravité des faits qui avaient motivé la séparation (Req. 31 janvier 1887, D. P. 1887. 1. 334 ; Cass.

(1) H. Coulon.— *Le divorce et la séparation*, t. I, p. 227.

(2) Président Magnaud, cité par Valensi, *loc. cit.*, p. 108.—V. aussi *Le Temps*, 13 mai 1904.

janvier 1900, Pandectes 1901. 1. 97). Elle se fondait sur le rapport fait au Sénat, lors du vote de la loi du 27 juillet 1884, et sur l'amendement Duverney (J. off. 1884, Doc. parl. 25 juin, p. 1191, et 21 juin, p. 1133). Cette conception était, cependant, opposée à l'esprit du législateur et spéciale aux causes facultatives de divorce. Plus logique, quoique contraire aux termes de l'art. 310, la seconde interprétation n'admettait à demander la conversion que le conjoint qui avait obtenu la séparation à son profit (Cour Martinique, 21 février 1885, Sirey 1885. 2. 65) ou celui qui pouvait établir sa demande sur des griefs nouveaux (Versailles, 27 août 1884, Le Droit, 30 avril 1885), ou encore celui qui aurait pu agir reconventionnellement dans la 1re instance (Douai, 5 février 1885, S. 85. 2. 68). Le troisième système, celui qui avait fini par triompher, se plaçait au point de vue social. Sur ce terrain, la séparation, source de descendance illégitime, est un danger. Dès lors la conversion devra s'imposer chaque fois qu'il n'y aura pas de motif sérieux de la repousser (Angers, 13 avril 1896, D. P. 1896. 2. 439). On la rejettera, par exemple, si la réconciliation paraît possible (1) (Req., 27 janv. 1891, D. P. 1891. 1. 461 ; Bastia, 1er mars 1892, D. P. 1892. 2. 417) ou si elle n'a échoué que par la faute du demandeur en conversion (Paris, 11 février 1904, D. P. 1904. 2. 256) ou dans l'intérêt des enfants (Bordeaux, 30 juillet 1898, Journal des arrêts de Bordeaux, n° 1, p. 430), ou dans un but d'ordre

(1) Si on juge la réconciliation impossible, l'appréciation portée en pareil cas par les tribunaux équivaudra, en somme, à l'admission, entre époux séparés, de l'incompatibilité d'humeur comme cause de divorce par conversion.

moral (Marseille, 30 avril 1898, Gaz. Trib., 14 mai 1898 ; mais d'ordinaire on l'admettra, ainsi que le prouve la statistique (1).

Malgré tout, laisser à la discrétion des tribunaux le divorce par conversion, en dépit des tendances individualistes qu'avait montrées par ailleurs la jurisprudence, c'était l'abandonner à l'aléa d'appréciations personnelles, qui pouvaient être divergentes. Aussi, dès 1886, M. Naquet (2) avait-il proposé de rendre la conversion obligatoire pour le juge. Cette proposition, reprise par M. Renault (3), le 23 octobre 1888, et par M. Juillet (4), le 16 mai 1893, fut ballottée entre nos deux Assemblées législatives, par suite des hésitations du Sénat, qui ne voulait accorder la conversion forcée qu'au profit de celui des conjoints ayant triomphé sur la séparation. Elle a finalement abouti à la loi du 6 juin 1908, qui, dans tous les cas, rend la conversion obligatoire au bout de trois ans. Ainsi un délai d'épreuve suffit pour faire cesser les effets de la séparation. C'est le système suivi en Allemagne, où, même, la conversion est immédiatement et directement réalisable.

La conversion ainsi établie, en astreignant, peut-être malgré lui, l'un des conjoints au divorce, n'est-elle pas anti-individualiste et ne le prive-t-elle pas d'un moyen terme appréciable entre le mariage et le divorce ? Non. La conversion paraît nécessaire, car le législateur n'a pas le droit de condamner à la coha-

(1) En 1899, sur 408 demandes, 378 ont été accueillies (J. off. 26 septembre 1901).

(2) J. Off. 1886, p. 1.146-47.

(3) — 22 octobre 1888, p. 1.138.

(4) — 17 mai 1893, p. 14.

bitation perpétuelle deux êtres qui s'y refusent. En outre, celui des deux époux qui a demandé et obtenu la séparation a pu se tromper sur ce qu'il en attendait, lorsque, au lieu de demander le divorce, il a opté pour elle. On ne peut faire indéfiniment dépendre son sort d'une erreur qui aura été involontaire ou qu'il n'aura très souvent commise, si elle a été consciente, que dans la pensée d'obtenir plus aisément un résultat qui le libère. Cela s'imposera surtout en présence de faits qui, bien que suffisants en eux-mêmes, n'auraient pas reçu assez de publicité pour déterminer un tribunal à prononcer le divorce (1). Le conjoint qui a laissé prononcer la séparation contre lui peut, de son côté, souhaiter la fin d'une situation insupportable. Il est possible qu'il ait eu des torts ; le jugement qui le condamne lui en a fait subir les conséquences morales et pécuniaires. Les juges ne peuvent, sans un texte qui les y autorise, lui infliger une pénalité corporelle et sociale, comme le célibat perpétuel, ce qui le forcerait à vivre en marge de la société, à chercher à se créer un foyer à l'aide d'une union irrégulière. Ce résultat serait immoral, en même temps qu'on aurait gêné la liberté individuelle. Quand deux époux, d'ailleurs, voudraient se ménager la conversion, si elle était laissée facultative pour le juge, ils s'efforceraient de trouver des griefs (2) et, pour cela, livreraient leur vie privée à une publicité à laquelle elle devrait échapper. Mieux vaut donc reconnaître à la personne humaine tous ses droits (3).

(1) Valensi. — *Loc. cit.*, p. 99.
(2) Discours de M. Briand à la Chambre, 28 février 1908.
(3) Ellen-Key. — *Loc. cit.*, p. 230.

La séparation est réclamée par les âmes religieuses ; elles doivent pouvoir en user. Aussi, dit-on, serait-il immoral de faire de la séparation de corps la préface du divorce, qu'imposerait à l'époux innocent et croyant l'époux coupable, alors que ce dernier aurait vu prononcer contre lui la séparation. Ce serait contraire à l'esprit de la loi qui, par respect pour la liberté religieuse, admet les deux formes de rupture du lien conjugal. Mais, si les catholiques convaincus estiment suffisantes les conséquences de la séparation, ils ne sauraient les imposer à ceux qui, ne partageant pas toutes leurs idées, se sont unis à eux et n'avaient pas lieu de prévoir, au moment du mariage, la cessation de l'accord conjugal. La liberté de conscience est sauvegardée par ce fait que l'époux demandeur et croyant peut opter entre la séparation et le divorce. Lier indéfiniment l'autre époux à la séparation serait violer ses propres convictions. Les opinions de l'un ne peuvent servir de mesure aux opinions de l'autre. Décider autrement serait contraire aux principes généraux de notre droit, qui prohibent formellement les engagements personnels à vie. A ce point de vue, la loi du 6 juin 1908 nous semble avoir sagement agi en disposant comme elle l'a fait.

Il existe aujourd'hui, d'après cela, deux solutions de la question conjugale (1) : l'une directe, le divorce, l'autre indirecte, la séparation, qui peut être convertie en divorce, après un essai infructueux, et que les tribunaux, contrairement à l'opinion exprimée

(1) Béranger. — « *L'Action* », février 1908.

à ce sujet par M. de Lamarzelle au Sénat (1), prononcent plus facilement que le divorce. Il est à remarquer que le divorce par conversion mérite d'être rapproché du divorce prévu par les projets récents, qui entendent soustraire les époux désunis aux difficultés d'une procédure méticuleuse, tout en désirant qu'on s'assure de la persistance de leurs intentions par un délai d'épreuve. Dans ces diverses formes de dissolution du mariage, nous trouvons la trace d'un mouvement individualiste, en même temps que le souci des convictions personnelles (2), auquel serait contraire la suppression, parfois réclamée, de la séparation de corps (3).

Disons, en terminant, que les tendances individualistes ont eu aussi des conséquences sérieuses en matière d'adultère. Avant la loi de 1884, la femme contre qui la séparation de corps était prononcée de ce chef encourait l'emprisonnement à la requête du ministère public. Aujourd'hui cette infraction n'est plus punie que par l'art. 337 C. pén., dont les sanctions sévères sont, en général, réduites à quelques francs d'amende. Qu'est-ce à dire, sinon que l'adultère est considéré par beaucoup de personnes (4) comme une simple atteinte au contrat conjugal, nul-

(1) J. Off. Doc. parl. Sénat 14 décembre 1904, p. 1069. — V. aussi Joly, *Le Correspondant*, 10 janvier 1902.

(2) Sur la discussion, au Sénat, de la loi sur la conversion de la séparation en divorce et les arguments émis à ce sujet (liberté de conscience des catholiques, rapports de Rome et des pays étrangers, Concordat autrichien, nécessité sociale, utilité de supprimer les fluctuations de la jurisprudence) V. les discours de MM. Poulle et Briand (25 février 1908. J. Off.28 fév.).

(3) Congrès de la condition et des droits de la femme, p. 305.

(4) Dr Wylm. — *Morale sexuelle*, Alcan 1907. — Ellen-Key, *loc. cit.* — Congrès de la condition et des droits de la femme, p. 302.

lement susceptible d'être réprimée par la loi pénale. Cela est conforme à la nouvelle notion du mariage, association morale, volontaire, librement consentie par les époux, sans cesse renouvelée et exclusivement soumise, dans la mesure strictement nécessaire à la vie de famille, à des sanctions civiles, en général pécuniaires.

La monogamie absolue, tout en restant pour nous l'idéal du mariage, doit être réalisée, non par la contrainte de la loi, mais par la liberté. Les facilités sans cesse croissantes pour obtenir le divorce n'augmenteront pas le nombre des ruptures, bien au contraire car on hésite souvent à employer un procédé qu'on sait être facilement à sa portée. Du reste, la législation ne doit pas être faite en vue des époux unis. Ceux-ci n'ont pas besoin d'elle pour s'accorder. Ce sont les autres qu'elle doit viser, et il convient qu'elle se montre très libérale, attendu que ce qui est immoral ce n'est pas le divorce entre deux époux qui s'étaient trompés sur leur valeur respective, mais le maintien d'un lien abhorré entre deux conjoints ennemis.

Ainsi l'évolution du divorce, sauvegarde du droit des époux, se rattache à celle du mariage. Les divers progrès doctrinaux ou jurisprudentiels ont, en effet, tendu à accorder aux individus la plus grande liberté dans la réalisation des actes de leur vie personnelle. Dès que le désaccord survient entre les époux, ils ne peuvent être tenus à une cohabitation intolérable. Mais la réforme entreprise doit marcher de pair avec les modifications de notre existence journalière. Elle doit correspondre au développement de l'indépendance de la femme dans le ménage, par la suppression de la puissance maritale, l'obtention d'une large capa-

cité et la suppression d'un régime légal contraire à ses intérêts, ainsi que cela a déjà eu lieu en Allemagne, en Suisse, en Autriche, en Norwège et en Russie (1). La plupart des causes de difficultés ou de contestations entre époux tendent, avec les mœurs nouvelles, à devenir des causes de divorce. La femme pourra donc, en inspirant à son conjoint la crainte d'une rupture, lui imposer son contrôle, dans les circonstances où la bonne harmonie du ménage n'aurait pas suffi à le faire admettre.

Par l'organisation symétrique du mariage et du divorce, on est en voie de constituer un ensemble législatif bien équilibré, en ce qui concerne la famille légitime. On accèdera au mariage par une voie large et facile; les contraintes inconciliables avec la bonne harmonie des époux en seront bannies. Il sera loisible d'en sortir, lorsque l'estime et l'affection réciproques auront disparu, sans autres formalités que les précautions nécessaires pour défendre les époux eux-mêmes contre un entraînement irréfléchi, qui serait bientôt regretté ou qui compromettrait l'intérêt des enfants. C'est là le terme d'une évolution destinée à assurer, au sein de l'union légitime, par le respect des prérogatives de chacun, le triomphe du droit individuel.

(1) Valensi. — *Loc. cit.*, p. 296.

CHAPITRE III

LES TENDANCES INDIVIDUALISTES DANS LA FORMATION ET LA VIE DE LA FAMILLE NATURELLE

Nous n'ignorons pas combien, pour certaines gens, les mots *famille naturelle* jurent ensemble. C'est pourtant une conception morale toute moderne que celle qui conduit à les tenir pour opposés, puisque les anciens, dont l'organisation familiale dérivait de principes assez différents des nôtres, n'étaient point choqués, comme nous, de l'illégitimité des naissances. Le prénom de Spurius (naturel, illégitime) était fréquent à Rome où, jusqu'à l'empire chrétien (1), il n'exista pas de père illégitime, mais seulement des mères naturelles.

Section I

Considérations générales et causes de l'évolution de la famille naturelle vers l'individualisme

La situation des enfants naturels ne fit l'objet d'aucune disposition spéciale, de la part du droit

(1) Girard. — *Manuel du droit romain*, p. 181.

romain, jusqu'au moment où, sous l'influence des lois d'Auguste contre les célibataires, d'une part, de l'Eglise, de l'autre, ils furent atteints de déchéances. Le christianisme, en particulier, favorable à la chasteté et profondément opposé aux unions illégitimes, condamna les relations irrégulières en la personne des enfants, pourtant innocents, qui en étaient issus, comme s'il eût voulu, par une réminiscence des temps barbares, punir en eux la faute de leurs auteurs (1). Son influence hostile à la famille naturelle persista durant le moyen âge, où elle donna naissance au fameux adage : « Bâtards ne succèdent ». Elle inspirait encore les dispositions légales sur la bâtardise, à l'époque de la Révolution.

Les législateurs de la période intermédiaire, disciples des philosophes du XVIII[e] siècle, considérèrent comme contraire à l'égalité et à la justice de rendre certains citoyens responsables des fautes commises par d'autres. Ils firent de la parenté naturelle presque l'égale de la parenté légitime et conférèrent aux enfants, quelle que fût leur origine, des droits analogues (2).

Ces réformes furent éphémères, l'opinion publique n'y ayant pas été suffisamment préparée. Le Code civil revenant, sinon au texte, du moins à l'esprit de l'ancienne législation, remit l'enfant naturel dans la

(1) Dr Antoine Wylm. — La *morale sexuelle*. Paris, Alcan, édit. 1907. « L'incapacité qui atteint l'enfant incestueux, l'enfant adultérin, l'enfant naturel non reconnu est un vestige de l'ancienne responsabilité collective, qui englobait les enfants dans le châtiment du père. Mais, avec l'usure des siècles, le châtiment du père a « passé par mailles » et il n'est resté que celui des enfants. »

(2) V. décrets des 4 juin 1792, 2 brumaire an II et 15 thermidor an IV.

situation inférieure et déconsidérée (1) d'où il avait eu tant de peine à sortir et qui, le privant de tout rapport avec la famille de ses auteurs, le plaçait, au point de vue tant moral que social et matériel, dans une position des plus précaires.

Depuis lors, les tendances individualistes se sont fait jour dans cette partie de notre droit, comme à propos de la parenté légitime, bien que la difficulté de prouver un fait aussi douteux que la filiation, quand il s'agit de parents naturels, ait inspiré aux réformateurs une sage circonspection.

Cette difficulté ne les a pas pourtant découragés, leurs vues ayant été favorisées par le changement d'orientation politique et économique, qui a marqué le XIX^e^ siècle. On ne fait plus, comme jadis, de la famille la base de l'État. D'autre part, le socialisme attire l'attention plus sur les individus que sur les groupes et repousse la conception juridique qui voudrait lier l'état des personnes à l'accomplissement de formalités administratives antérieures à leur naissance et à l'inobservation desquelles ils n'ont eu aucune part.

La vulgarisation des idées morales a aussi exercé son influence sur cette évolution. Beaucoup d'hommes, faisant taire leur égoïsme, estiment n'avoir pas le droit de jeter au ruisseau la femme qui leur a sacrifié à la fois sa jeunesse et sa vertu. Ceux-là même qui considèrent « qu'une fille-mère que son amant abandonne, un enfant qui n'a pas demandé

(1) « L'État n'a aucun intérêt, disait Napoléon, à voir reconnaître des filiations illégitimes. » (V. Peytel, *L'union libre devant la loi*. Thèse Paris, 1905, p. 291.)

à naître et que son père livre au hasard, c'est chose permise ou, du moins, que la loi veut ignorer (1) », sont parfois pris de remords. Le sentiment de justice qui, à certaines heures, éclaire leur conscience, s'il n'incite pas tous les séducteurs à régulariser leur situation, en pousse cependant un grand nombre à relever moralement et matériellement le sort de la femme et des enfants auxquels ils ont été si intimement unis pendant une partie de leur existence. Ces honnêtes dispositions morales les rendent même hostiles aux règles du Code, si sévère pour les relations irrégulières. Ils se demandent comment, au nom de l'État protecteur de tous les citoyens, on peut encore maintenir la rigueur d'une loi « qui défend de rechercher le père du bâtard abandonné et qui enrôle d'avance l'enfant maudit dans l'armée du mal (2). »

Le sentimentalisme, de son côté, qui, de jour en jour, se développe en France dans tous les domaines de l'activité intellectuelle, qu'il s'agisse d'art, de littérature, de droit ou de sociologie, est favorable aux tendances de ceux qui cherchent à ramener à un type unique les diverses formes de la parenté. La législation de la famille, tout spécialement, a permis à ces aspirations de se manifester. Le défaut de protection, qui caractérise la réglementation, par le Code, de la famille illégitime, l'espèce d'ostracisme dont il l'a frappée touchent les personnes sensibles. Elles se refusent à comprendre comment les enfants naturels expient, dans l'intérêt de l'ordre social, la

(1) F. Coppée. — *Le coupable*, p. 310.
(2) id. id. 313.

faute de leurs auteurs (1). Bien qu'animées du respect des institutions actuelles, ces mêmes personnes, devant un tel résultat, seront prêtes à s'associer à des réformes dont leurs convictions politiques ou sociales les auraient éloignées. Tant il est vrai que les tendances morales qui percent à travers notre sentimentalisme ne sont pas de pures velléités, sans nulle chance de réalisation ! Elles intéressent l'opinion publique au sort des parents illégitimes, considérés comme victimes du principe de la légitimité.

Indépendamment de ces causes évolutives d'ordre moral, un élément de fait a présidé aux modifications introduites dans la législation de la famille naturelle : l'existence même de l'illégitimité et son accroissement constant (2). Peut-on se désintéresser de cet état de fait et créer, en dépit des idées d'égalité de la société actuelle, une classe de parias ? Assurément non. Sans doute, sous l'ancien régime, la parenté naturelle, cependant très fréquente, n'occasionnait aucun préjudice sérieux à la Nation, malgré le discrédit qui la frappait, et on pourrait dire qu'il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement aujourd'hui. Mais, sans rappeler ici les difficultés politiques nées de la légitimation de certains bâtards royaux, des différences existent entre les deux époques, qui impliquent la nécessité actuelle d'une législation favorable à l'endroit des enfants naturels.

D'abord l'Etat, agglomération de familles, ne

(1) P. Bernard. — *Histoire de l'autorité paternelle en France*, p. 222.

(2) En 1845, 6.800 enfants naturels et 896.000 légitimes, soit 7,7 o/o naturels.
En 1896, 76.000 id. 790.000 id. 9,6 o/o id.
d'après Morache, *Le mariage*. Alcan 1902, p. 276.

voyait en eux, avant la Révolution, que des parasites, tandis que nous les regardons comme des éléments respectables du corps social. Puis, il y avait moins d'enfants illégitimes (1) délaissés, à cause, soit de l'idée religieuse, qui frappait de désapprobation les relations irrégulières et poussait au mariage beaucoup de gens, d'ouvriers surtout, qui, de nos jours, y renoncent, soit de la règle « virgini creditur », soit même de l'état économique de notre pays, où la fixité des situations rendait l'abandon de famille peu praticable. Aussi, fréquemment, les enfants naturels étaient-ils secourus par leurs parents. Certains même acquéraient une haute position. Nous n'en voulons pour preuve que le nombre considérable de blasons barrés existant dans l'ancienne noblesse ou les retentissantes histoires des descendants légitimés de Louis XIV. A notre époque, il en est tout autrement. Les facilités croissantes données aux filles-mères pour se débarrasser de leurs enfants (2), l'indulgence du jury (3) pour les avortements et les infanticides prouvent la nécessité d'une réorganisation légale de la famille naturelle (4). L'Etat, réunion de tous les citoyens, doit assurer à chacun une situation honorable et, sans se laisser impressionner par des

(1) Il existait bien des tours, mais il est difficile de faire le départ entre les enfants naturels et légitimes qu'ils recevaient.

(2) Réception à bureau ouvert par l'Assistance publique.

(3) Justifiée surtout par la gravité de la peine encourue, la pitié qu'inspire la situation pécuniaire ou morale de la fille-mère, et la considération de l'affolement qu'a pu lui procurer la découverte des conséquences d'une faute qui brise son avenir.

(4) « Il y a des causes qui suffiraient à motiver une aggravation plus forte de l'illégitimité et qui l'expliquent, en effet, dans certaines régions de la France : le progrès des agglomérations urbaines, le développe-

usages critiquables, que l'antiquité ignorait, il doit, loin de jeter le discrédit sur les malheureux dont les parents ont vécu en marge de la société, leur conférer des droits, pécuniaires et sociaux, égaux à ceux des autres membres du pays.

Ces aspirations libérales ont été partagées par le féminisme, qui s'est occupé de ces questions en s'intéressant au sort de la fille-mère. Ce qu'il réclame d'une façon générale, c'est l'obligation pour chaque individu d'assumer la responsabilité de ses actes. Le féminisme pose en principe que la femme séduite est, d'habitude, victime des tentations masculines ou de la misère, plus que de sa propre immoralité. Il est donc logique que le séducteur répare pécuniairement le préjudice qu'il lui a occasionné en la détournant de ses devoirs. Les féministes les plus modérés (1) s'arrêteraient, dans cette voie, à la création d'une caisse de secours, qui éviterait aux victimes de la séduction la nécessité, contraire à leur dignité, d'afficher publiquement en justice leurs malheurs intimes pour obtenir réparation de leur séducteur. D'autres (2) voudraient imposer au père l'obligation de rembourser à la mère de ses enfants les frais d'entretien et d'éducation

ment du régime manufacturier, l'obligation du service militaire, l'affaiblissement du sentiment religieux, le goût du bien-être, qui fait hésiter beaucoup de jeunes gens à accepter les charges de la famille, les tentations du luxe pour les filles pauvres, les prescriptions de la loi française qui interdit la recherche de la paternité, affranchissant le séducteur du souci des conséquences de ses actes. » (Levasseur, *Population française*, t. II ; cité par Valensi, *loc. cit.*, p. 145.)

(1) Congrès des œuvres et institutions féminines. *Vœu de Mme Maria Pognon*, p. 274.

(2) Congrès des œuvres et institutions féminines. *Rapport Bonzon*, p. 263.

de ceux-ci, sans que la femme pût prétendre à rien pour elle-même, car « ce qu'il y a à protéger dans la séduction, c'est surtout l'enfant. La mère s'est donnée parce qu'elle aimait (1). » Ainsi, dans la pensée de venir en aide aux filles séduites, toujours sous le coup d'un brusque abandon, le féminisme, protecteur des droits de la femme, se fait un des plus ardents défenseurs des droits des enfants. Il demande, en conséquence, le droit à la recherche de la paternité (sous réserve des précautions à prendre pour éviter le chantage), la possibilité pour la mère d'obtenir une pension, afin de subvenir aux charges de la maternité et à l'entretien de l'enfant, enfin l'égalisation des enfants naturels et légitimes en droits et en devoirs, dans l'Etat et dans la famille. De cette façon, les descendants illégitimes perdront, pense-t-il, leur caractère de parias, qui faisait d'eux des candidats nés à toutes les dégénérescences sociales (2). Nous n'exprimons là, il faut le dire, que la tendance générale du féminisme, dont les idées sont susceptibles d'une grande variété.

Qu'est-ce, encore, à côté des divergences sans nombre qui, au théâtre, dans les romans à thèse ou les ouvrages philosophiques, séparent les littérateurs sur ces questions ? « Quand les lois, dit l'un d'eux, renferment un principe justifié par le droit, l'histoire et la religion, il convient de fermer le cœur aux plaintes de quelques victimes ; et quand je pense à ce qu'il a fallu de siècles entassés et de cadavres accumulés pour dégager de l'ignorance et de la passion un seul

(1) Congrès des œuvres et institutions féminines. *Rapport Bonzon*, p. 783.

(2) Congrès de la condition et des droits de la femme. *Vœux*, p. 305.

principe de moralité supérieure, je n'hésite pas, je sacrifie les opinions aux principes (1). » Par cette explication, cet auteur entend justifier le sort lamentable fait aux enfants naturels, sans voir suffisamment que le principe de moralité qu'il invoque pourrait se retourner contre sa thèse. De plus généreuses aspirations se sont montrées, à la vérité. Dumas, non sans emphase, traitait de malfaiteur l'homme qui, ayant mis un enfant au monde, l'abandonne sans ressources (2). E. de Girardin, dans ses *Questions philosophiques*, s'écrie : « L'esclave a conquis la liberté ; est-ce que le bâtard ne finira pas par conquérir l'égalité ? Est-ce que l'enfant innocent a moins de droit que le père à la justice de la société ? » Tous ces auteurs stigmatisent avec énergie les dispositions rigoureuses du Code sur la filiation naturelle, et Dumas en particulier, dans la préface de *M. Alphonse*, critique l'infériorité, au point de vue successoral, des enfants naturels, si bien soulignée par Cambacérès dans cette phrase : « Le droit à l'héritage est une création purement sociale ; donc l'enfant naturel n'y a pas droit (3). » Il n'est pas jusqu'au jurisconsulte Laurent, qui ne déclare : « La privation des droits de successibilité, l'exhérédation, est à la fois une peine flétrissante et cruelle. C'est la peine des grands crimes. Elle n'est pas applicable aux enfants naturels, car la nature qui nous a fait une loi de mourir ne nous a pas fait un

(1) Colrat de Montrosier. — *Problèmes du droit dans le théâtre contemporain*, p. 33.

(2) Dumas. — *Le fils naturel*. Préface. — V. aussi : *La dame aux Camélias*. Préface.

(3) Comité de législation, 4 juin 1793.

but à atteindre est le même : assurer toute la somme de ses droits à l'individu et, pour cela, diminuer, tant au dedans qu'au dehors, l'intransigeance excessive de la famille légitime. Seuls les moyens pour y parvenir diffèreront. Tandis qu'on continuera de relâcher les liens, jugés trop durs, de la parenté légitime, qui ira ainsi s'affaiblissant, on s'efforcera de resserrer et d'affermir ceux de la famille naturelle, qui se crée et dont la cohésion s'augmentera d'une façon progressive. Dans les deux cas on fera œuvre individualiste, car c'est uniquement le progrès de l'individu qui sera en jeu, quels que soient l'origine de celui-ci et le milieu de sa naissance.

C'est la seconde des deux tendances, celle qui a trait à la parenté naturelle, dont nous allons aborder l'examen. Nous étudierons successivement la formation de la famille naturelle, sa vie et les conséquences qui procèdent de ce genre de parenté.

Section III

Formation de la famille naturelle. Recherche de parenté. — Reconnaissance de filiation. — La séduction.

Bien que le vieil adage de Loisel : « Qui fait l'enfant doit le nourrir », soit encore la raison pratique de la responsabilité paternelle, imposée à l'ascendant par sa conscience ou son cœur, il est cependant nécessaire que cette responsabilité repose sur des bases

légales. On les trouvera, tantôt dans l'aveu fait par les parents, à leurs risques et périls, du lien qui les unit à l'enfant, tantôt dans un jugement obtenu à la requête du descendant et proclamant l'existence des rapports de famille. Dans l'un et l'autre cas il y aura reconnaissance, volontaire ou forcée, de la filiation, qui doit être prouvée tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère naturelle. La parenté illégitime pourra provenir encore d'une autre source, lorsqu'un enfant, auquel la présomption « pater is est » aurait dû assurer le rang de légitime, s'en trouve exclu par une action en désaveu. Dans cette hypothèse, on sera en présence, non plus d'un enfant naturel simple, mais d'un enfant adultérin, qui subira les déchéances spéciales à cette catégorie de déshérités.

Nous commencerons l'examen des rapports de parenté naturelle en nous plaçant, d'abord, sur le terrain de la recherche de la maternité.

Il eût été logique d'admettre que la preuve de la maternité, pur fait matériel, résultât des constatations de l'acte de naissance, aussi bien pour la légitimité que pour l'illégitimité. Mais le Code, pour marquer la défaveur qu'il attache aux relations irrégulières (car on ne peut invoquer ici ni la crainte du scandale, ni l'intérêt de l'enfant), exige en tous cas une reconnaissance volontaire ou forcée, en bonne forme, de la mère (art. 334, 336, 341 C. civ.). L'acte de naissance devrait, dès lors, rester inopérant. Cependant, une jurisprudence libérale avait admis qu'il prouverait la filiation, s'il contenait le nom de la mère et si l'identité de l'enfant n'était pas contestée (Cass. 1er juin 1853, D. P. 1853. 1. 177). Malheureusement, un revirement définitif vers une plus exacte observation

du texte s'est produit le 3 avril 1872 (D. P. 1872. 1. 113), qu'on peut regarder comme un véritable « recul du droit » (1). Les tribunaux, toutefois, ont continué à voir dans l'acte de naissance, portant le nom de la mère, la preuve de l'accouchement de celle-ci (Cass. 23 novembre 1868, D. P. 1869. 1. 26 ; Cass. 12 octobre 1902, D. P. 1902. 1. 539). Joint à une reconnaissance régulière du père et à l'aveu, même tacite, de la mère, il suffira à prouver la maternité (Nimes, 15 février 1887, S. 87. 2. 172). La jurisprudence a borné là ses efforts, rendue timide par les termes formels de l'article 336. Elle s'est montrée réservée, également, en ce qui touche la force probante à attribuer à la possession d'état, quoique, sur ce point, elle ait témoigné de ses tendances favorables à l'enfant naturel. Dans une première période, elle ajoutait une foi absolue à ce mode de preuve, à l'égard de la mère, et aucune à l'égard du père. Frappé de cette anomalie, M. Demolombe la signala en 1835 ; mais, comme les tribunaux subissaient encore l'influence fâcheuse de l'interprétation grammaticale et servile des textes, le seul effet de cette intervention fut d'ôter toute valeur à la possession d'état, même pour la filiation maternelle. Cependant la jurisprudence lui a conservé quelque importance, en y voyant un aveu tacite de la mère, capable de prouver la parenté de cette dernière, si elle est jointe

(1) Planiol. — *Loc. cit.*, t. I, p. 473. — V. aussi Paris, 11 juin 1891, D. P. 92. 2. 533 ; Limoges, 23 novembre 1892. D. P. 94. 2. 319, qui affirment également que la filiation naturelle maternelle ne peut résulter que d'une reconnaissance volontaire ou déclaration judiciaire. Certaines Cours avaient, du reste, toujours jugé en ce sens (Pau, 28 juin 55. D. P. 56. 2. 258 ; Caen, 1er mars 1860, D. P. 61. 2. 12).

à une reconnaissance du père, portant le nom de la mère (Nimes, 15 février 1887, S. 1887. 2. 172).

Hors de ces hypothèses, la filiation naturelle maternelle ne pourra résulter que d'une reconnaissance volontaire, ou d'une action en justice dans laquelle on prouvera d'abord l'accouchement (parfois par l'acte de naissance), puis l'identité du réclamant et de l'enfant de l'accouchée. Ce dernier fait impliquera un commencement de preuve par écrit ; toutefois, une jurisprudence assez large, appliquant ici les règles de la filiation légitime, se contente d'écrits émanés non seulement de la mère, mais de toute personne engagée dans le litige ou qui y aurait intérêt si elle était vivante (1). La seule différence qui, à cet égard, sépare les deux espèces de parenté, c'est que les témoignages, consécutifs à de simples présomptions graves résultant d'indices ou faits certains, suffisants pour prouver la descendance légitime, sont inopérants pour la filiation naturelle.

De cet exposé jurisprudentiel ressort donc que les tribunaux se sont efforcés, dans un but de protection pour l'enfance illégitime, de rattacher celle-ci à la mère. Leur thèse peut se résumer ainsi : « En principe, la reconnaissance est nécessaire et se fait en la forme authentique ; il n'y peut être suppléé par une possession d'état, même conforme à l'acte de naissance. Quand le père a reconnu l'enfant en indiquant la mère, cette indication peut être confirmée par un simple aveu de la mère, exempt de toute forme, pouvant être tacite et résulter de la possession

(1) Cass. 23 novembre 68, D. P. 69, 1,26 : 22 octobre 1902, D. P. 1902, 1, 539.

d'état. L'enfant est alors considéré comme pourvu d'une reconnaissance volontaire de la part de la mère. A défaut de reconnaissance, l'enfant peut faire sa preuve en justice. La preuve de l'accouchement sera faite pleine et entière par l'acte de naissance, si la mère y est nommée. Quant à son identité, l'enfant ne pourra l'établir que s'il est pourvu d'un commencement de preuve par écrit, autre que son acte de naissance (1). »

En même temps, la jurisprudence, pour défendre l'enfant naturel contre les tentatives des tiers, désireux, par exemple, de faire réduire sa part héréditaire ou des libéralités (2) établies en sa faveur, lui a réservé l'exercice de l'action en recherche de maternité. Toutefois, par un manque de mesure peu explicable, elle a considéré cette action comme personnelle à l'enfant et déclaré qu'elle ne passait pas à ceux qui se prétendent ses héritiers, s'il ne l'a pas lui-même exercée de son vivant (Cass., 29 juillet 1861, D.P. 61, 1, 297 ; 3 avril 1872, D.P. 72, 1, 113 .

Le louable intérêt que les tribunaux portent aux enfants naturels n'est pas trouvé suffisant par les auteurs, qui voudraient donner à l'acte de naissance, dans tous les cas, la valeur d'une preuve de la filiation maternelle, vu qu'il ne s'agit, en somme, que d'établir un pur fait, facile à contrôler. Mais, pour cela, il importerait que le nom de la mère fût toujours mentionné à l'acte, que le nouveau-né soit légitime ou non. Or, malgré la généralité des termes de l'article 56 C. civ., la jurisprudence (Limoges,

(1) Planiol. — *Loc. cit.*, t. 1, p. 502.

(2) Cass. 23 juillet 1878, D. P. 79. 1. 15 ; Paris, 3 août 93, D. P. 97. 1. 97.

10 avril 1907, D. P., 1908, 2, 12) estime que le défaut de désignation de la mère naturelle à l'état-civil n'est pas susceptible de sanction pénale, notamment contre la sage-femme qui a assisté l'accouchée. Relier, en toute hypothèse, la mère (1) à l'enfant serait une mesure essentiellement morale, déjà réalisée par quelques Codes étrangers (Code civil allemand (2), entre autres).

La filiation naturelle maternelle peut aussi résulter d'un désaveu. Les très rares applications des textes qui le concernent nous permettent de passer vite sur ce sujet. Notons, toutefois, que les tribunaux ont voulu défendre, ici encore, les droits de l'individu ; mais, comme le père, seul, court des risques sérieux de se voir attribuer une descendance à laquelle il n'est lié par rien, c'est lui qu'ils ont secouru, en interprétant d'une façon extensive l'impossibilité de cohabiter, résultant de l'éloignement, et la preuve à fournir dans les cas de recel de naissance après adultère (Cass., 31 juillet 1866, S. 66, 1, 81). Quant à la loi elle-même, on pourrait lui reprocher (3) d'être trop peu explicite dans l'énumération des causes de désaveu et souhaiter qu'elle fît de l'absence pendant les délais de la conception une cause de désaveu, ainsi que cela existe en Allemagne (4).

(1) Crémieu. — *Preuves de la filiation naturelle non reconnue* Thèse Paris, 1907, p. 436). — A. Colin. Rev. trim. de Dr. civ. 1902, p. 257.

(2) Art. 1705 et 1706 C. civ. allemand.

(3) Mas. — *L'action en désaveu* (Thèse Toulouse, 1906, p. 204).

(4) Un arrêt récent (Aix, 13 février 1908, D. P. 08. 2. 339, a décidé que, malgré les termes de l'art. 313 et par extension, lorsque dans une instance en divorce l'ordonnance du président n'a pas assigné à la femme un domicile séparé et s'est bornée à autoriser le mari à suivre sur sa

Si l'étude de la recherche de la maternité naturelle ne nous a retenu que peu, malgré les progrès réalisés par la jurisprudence dans le sens individualiste, nous serons forcé d'insister davantage sur la recherche de la paternité. Celle-ci constitue un des points les plus intéressants de notre étude. C'est sur elle que roule la majeure partie de la littérature à laquelle nous avons fait allusion au début de ce chapitre.

Sauf l'hypothèse prévue par l'article 340, relative à l'enlèvement, tellement rare qu'il n'est possible, d'après certains auteurs (1), d'en trouver que trois espèces depuis 1804, la filiation naturelle ne peut résulter que de la reconnaissance volontaire faite par le père en forme authentique. Ni acte de naissance, ni possession d'état ne sont pris en considération.

Les opinions les plus diverses se sont donné libre cours, au sujet de l'art. 340. Les unes se prononcent pour son maintien, au nom du respect dû à la parenté légitime, d'autres, reposant sur des idées plus avancées (les congrès féministes de 1900 se sont joints à elles (2) en sollicitent la suppression. C'est que, suivant la parole de Bigot-Préameneu : « Lorsqu'il s'agit de fixer le sort des enfants naturels, rien n'est plus difficile que de conserver un juste équilibre entre les droits qu'ils tiennent de leur naissance et les mesures qu'exige la nécessité de maintenir l'orga-

demande en divorce, ce dernier peut désavouer l'enfant né plus de de 300 jours après la date de cette ordonnance. (V. aussi la note sous l'arrêt.)

(1) Planiol. — *Loc. cit.*, t. 1. p. 497, note 2.

(2) Congrès de la condition et des droits de la femme, p. 302.

nisation des familles » (1). Cependant une modification s'impose, car il paraît injuste que la loi, tout en présupposant la fidélité de la femme légitime, sans possibilité de preuve contraire, renverse aussi rigoureusement sa présomption, quand il s'agit de la compagne illégitime (2) qu'un individu s'est donnée. M. Goujon faisait, en outre, remarquer dans son rapport à la Chambre que, bien qu'une égale responsabilité incombe aux deux associés dans la procréation, seule la mère, de par la loi, est forcée d'accepter toutes les charges de l'éducation des enfants (3). Même au point de vue social, il importe, par la suppression de l'art. 340, de protéger les jeunes filles de condition modeste, que leurs parents, retenus par leur travail, ne peuvent défendre contre les entreprises de séducteurs (4).

Si une réforme est nécessaire, il faut du moins l'entourer de sérieuses garanties destinées à déjouer les tentatives peu scrupuleuses de gens sans moralité. Certains ne sont pas encore suffisamment rassurés par les précautions que l'on pourrait prendre. Ils redoutent que, si on établit la recherche de la paternité, on n'organise, à côté du ménage régulier, un ménage illégitime, dont la coexistence nuirait à la dignité de l'union légale. Cette objection, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, n'est pas aussi grave qu'il peut sembler au premier abord. Paul Hervieu a bien exprimé les améliorations possibles et leur danger, lorsqu'il a écrit : « Je crois que

(1) Fenet. — T. X, p. 236.
(2) Gide. — *Relèvement social*, 15 février 1905.
(3) J. Offic. Doc. parl. 1897, *annexes* 2524, p. 1408.
(4) Thaller. — *Bull. Soc. études législatives*, 1904, p. 485.

la loi serait plus conforme à l'humanité si, au lieu de dire que la recherche de la paternité est interdite, sauf les cas qu'elle fixe, elle disait que cette recherche est permise, sauf les cas qu'il convient d'exclure. Il semblerait satisfaisant que la paternité pût être établie par des moyens de preuve qui ne rendissent pas commodes les entreprises des intrigants..... et il ne faudrait pas retomber dans la même facilité de présomption que dans le mariage légitime... Mais il n'est pas de pire immoralité que celle qui inflige à la femme toutes les peines dans le résultat de l'amour et qui, pour l'homme, après son plaisir, institue son bon plaisir (1). » En somme, ce que souhaite l'esprit public, c'est une recherche de la paternité réglementée sagement, car les partisans des tendances les plus avancées, eux-mêmes, ne sont pas sans apporter des correctifs à la suppression radicale de l'art. 340 (2).

La plupart des auteurs réclament la suppression de ce texte, à l'exemple de plusieurs nations étrangères (3). Ils proposent, tantôt de donner force probante à la possession d'état (Demolombe), tantôt d'admettre des preuves directes ou indirectes (comme les reconnaissances irrégulières pour vice de forme, les présomptions et aveux) (4). Voilà le premier aspect de ces tendances. Un second aspect nous est fourni par le vœu émis au Congrès des œuvres et institutions féminines en 1900 (5), par

(1) Hervieu, cité par Hesse. — *Le Matin*, 2 février 1905.

(2) Joachim. — *Protection des intérêts pécuniaires de l'enfant naturel.* Thèse Paris, 1905, p. 471.

(3) Congrès de la condition et des droits de la femme, p. 265.

(4) id. id. id. p. 661.

(5) Congrès des œuvres et institutions féminines de 1900, p. 288.

Mlle Chauvin qui, plaçant la question sur son véritable terrain, a proposé d'admettre en tous cas, de plano, la recherche de la paternité, sauf à sanctionner sévèrement les tentatives de chantage. Les deux sortes d'aspirations doctrinales ont été fusionnées par nos législateurs qui, à diverses reprises, ont déposé des propositions de loi sur cette question. Ces projets limitent, d'ordinaire, les cas dans lesquels la recherche de la paternité est possible ; en outre, ils punissent sévèrement les tentatives téméraires. Un des premiers en date, bien timide encore, est celui qui fut déposé au Sénat le 16 février 1878 par M. Bérenger. Tout en conservant l'article 340, il accordait une indemnité à la personne reconnue en droit d'exercer la recherche. La proposition Rivet, à la Chambre, présentée le 26 mai 1883, renouvelée le 10 juin 1890 et le 9 juillet 1895, fut suivie, au cours de cette dernière année, d'une proposition de M. Groussier (1), puis, en 1897, d'une autre de M. Goujon, laquelle, sans supprimer le principe de l'art. 340, y apportait de nombreuses exceptions.

La campagne favorable à la parenté naturelle a été reprise, au Sénat, le 28 janvier 1905, par MM. Rivet et Bérenger (2), qui se sont montrés fort circonspects sur les preuves à administrer, et, à la Chambre, par MM. Sembat, Allard, etc. (3), qui, plus larges sur la preuve, restreignent, au contraire, les effets de la reconnaissance (4). A l'heure actuelle,

(1) J. off. *Doc. parl.* Chambre, février 1895, p. 140.
(2) id. Sénat, février 1905, annexe 16, p. 10.
(3) id. Chambre, 1905, annexe 1142, p. 292.
(4) Notons encore la proposition Martin, à la Chambre, du 23 mai 1907.

aucune disposition légale n'est venue mettre un terme à ces divergences. Nous traversons, à cet égard, une période d'incubation, d'où sortira certainement une modification des dispositions légales qui régissent la recherche de la paternité.

Ces dispositions ont, provisoirement, été atténuées dans leur rigueur par une jurisprudence qui, sans heurter de front l'article 340, s'est montrée secourable aux enfants naturels et leur a conféré tous les droits compatibles avec le maintien nominal d'un texte suranné. Tant il est vrai, comme en témoigne l'expérience d'un siècle, que l'existence d'un Code d'une réglementation précise ne paralyse pas, comme l'avait redouté Savigny, le développement historique du droit et ne l'entrave pas nécessairement par la fixité des formules (1). Les tribunaux, ne pouvant admettre la recherche de la paternité, ont adopté un système analogue à celui de la proposition Bérenger de 1878. Ils se sont efforcés d'accorder, dans la plus large mesure, des pensions aux filles séduites et à leurs enfants. Le seul intérêt de la recherche de paternité, lorsque les pères se refusent à donner une aide morale à leurs descendants ou à leur compagne, ne peut être que d'ordre pécuniaire. Les tribunaux l'ont compris ; ils ont, pour transformer en un droit ces rapports d'argent, fondé leur théorie sur la séduction. Celle-ci n'est pas chez nous, comme en certains pays étrangers, un délit, mais la magistrature y voit le fondement d'une obligation naturelle (2) ou d'un délit civil. Joignant le sort de la

(1) Steinhard. — *Conséquences civiles de la séduction.* Thèse Paris, 1907, p. 1.

(2) Peytel. — *L'union libre devant la loi.* Thèse Paris, 1905, p. 291.

mère et celui de l'enfant, elle a fini par accorder à tous les deux les ressources dont les privait l'abandon du père. La fille séduite n'a même à réclamer que cette seule compensation de son déshonneur, car le mariage est un contrat purement consensuel et on ne pourrait forcer le séducteur, retenu peut-être lui-même dans les liens d'une autre union, à épouser sa victime. Il devra cependant l'indemniser de ses dépenses, et c'est en ce sens qu'un rapport (rapport d'ordre pécuniaire) peut être établi entre le père et la mère de l'enfant naturel.

La femme qui se livre à son amant et devient mère subit, en effet, de ce chef, un préjudice considérable. On peut bien invoquer contre elle l'argument spécieux de la faute commune, sous prétexte qu'elle a obéi à l'entraînement de sa passion ; mais, celle-ci étant partagée, l'homme devrait prendre sa part des charges, comme il a pris sa part des avantages. M. Brunetière a beau invoquer contre les filles séduites l'immoralité de leur acte, il n'empêchera pas cette immoralité d'être double. Or le complice doit subir le sort de l'agent principal. En général, dit-il, toute fille qui cède est irrecevable à se faire un titre de son déshonneur, parce qu'elle obéit à un secret désir d'indépendance, à l'attrait de la paresse, de la gourmandise ou de la coquetterie, bien plus qu'à un réel amour (1). Ce littérateur ne tient pas assez compte des mille moyens, plus ou moins loyaux, employés par les jeunes gens pour venir à bout de la vertu d'une jeune fille encore peu expérimentée, de la contamination des ateliers, où des camarades mal

(1) *Revue des Deux Mondes*, 15 septembre 1883, p. 356.

intentionnées servent d'intermédiaires aux nouvelles recrues pour leur procurer des amis intéressants ou riches, du défaut absolu de protection morale de la part des familles, à qui les nécessités de la vie journalière ne permettent pas de faire entendre, en dehors des heures de repas, de salutaires conseils à leurs enfants. On peut même ajouter que, dans les grandes villes, il n'est pas rare de voir des mères pousser leur fille au vice, pour tirer profit de sa débauche. Toute atteinte au droit d'autrui est une faute (1) ; dans la séduction existent deux êtres fautifs ; les égarements de la femme ne sauraient justifier ceux de l'homme. La faute commune est d'ailleurs rare (Gray, 5 juin 1902, Pand., 1903. 2. 97.—Seine, 27 septembre 1904, Gaz. des trib., 1905, 1er sem. 2. 274). Existât-elle couramment, l'enfant serait toujours là pour réclamer à l'auteur de ses jours ce droit à la vie et à l'existence, qu'on a pu définir d'une façon si large : « Le droit de chaque membre de la société à ce que les biens et les services nécessaires à la conservation de son existence lui soient fournis, avant qu'il ne soit donné satisfaction à des besoins moins urgents des autres membres de la société (2). » Aussi les tribunaux ont-ils corrigé, en fondant le droit de la famille sur l'art. 1382 du Code civil, ce qu'avait d'excessif la règle de l'art. 340.

La jurisprudence a traversé, d'ailleurs, diverses phases. Au début (3) elle imposait à la fille séduite, agissant en indemnité, de prouver un dommage

(1) Charmont. — *Revue critique*, 1903, p. 12.

(2) Menger. — *Droit au produit intégral du travail*, cité par Gastambide : *L'Enfant devant la famille et l'État*. Thèse Paris, 1902, p. XXIII.

(3) Steinhard. — *Loc. cit.*, p. 5 et s.

procédant d'un fait illicite. Ce fait pouvait être un délit pénal (art. 330 et s. 354 et 358 C. pén.). Le consentement même de la victime ne servait pas d'excuse au séducteur (Dijon, 1er décembre 1868, D. P. 68. 2. 248). Si l'on invoquait un entraînement réciproque, l'excuse de l'homme fondée sur son jeune âge et l'expérience de la femme (1) devait être établie, car « volenti non fit injuria » et « nemo auditur propriam turpitudinem allegans ». Mais, d'ordinaire, on se trouvait en face de la séduction proprement dite qui, de l'aveu même de Napoléon (2), comporte une indemnité et peut revêtir des formes multiples. Les promesses de mariage qui, malgré un arrêt dissident (Dijon, 10 février 1892, S. 92. 2. 197), devaient être antérieures aux relations illégitimes, en sont un des aspects. Cependant, à côté d'elles, les rapports de domesticité (D. P. 76. 2. 85), voire même les fonctions municipales, la communauté d'habitation ou le jeune âge de la fille séduite étaient de légitimes motifs d'indemnité, sauf à écarter les adhésions à des propositions honteuses (continuation des relations intimes) ou à des promesses d'argent (Cass. 2 février 1853, D. P. 53. 1. 57). Bien qu'on fût large dans l'admission des différentes formes que peut présenter la séduction, sa justification devait résulter d'un commencement de preuve par écrit (Aubry et Rau, Laurent, Colmet de Santerre ; Cass. 10 janvier 1861, D. P. 61. 1. 94 ; 3 juin 1892, D. P. 93. 1. 300). Mais à côté de cela, les tribunaux exigeaient, pour accorder

(1) Même idée dans proposition Rivet de 1890.

(2) Locré, VI, p. 121.

une indemnité, la démonstration d'un dommage et étaient, au début, assez réservés. Peu à peu cependant, adoptant une théorie due en partie à M. Demolombe (1), ils ont distingué l'art. 340 de l'art. 1382, déclarant que la demande d'indemnité n'est pas la recherche de la paternité (Cass. 24 mars 1845, D. P. 45. 1. 178; 26 juillet 1864, S. 65. 1. 139; Rouen, 6 mai 1905, Gaz. Pal. 1905. 2. 242). Aussi, tandis que les uns ont considéré la séduction en soi comme préjudiciable (Paris 16 mars 1892, D. P. 1893. 2. 542), d'autres ont envisagé plutôt ses conséquences et estimé que les juges ont le droit de tenir compte à la femme, non seulement de la perte de son honneur et de sa réputation, mais aussi des charges résultant pour elle de sa maternité (Nancy, 12 novembre 1896, D. P. 1896. 2. 520. — V. aussi note sous Dijon, 20 juillet 1904, D. P. 1907. 2. 181) (2). Les inconvénients les plus divers ont, de la sorte, été pris en considération : grossesse de la femme et ses suites pécuniaires, abandon d'un fonds de commerce pour aller avec le séducteur (Dijon, 10 février 1892, S. 92. 2. 197), avenir brisé (Cass. 26 juillet 1864, D. P. 65. 1. 33), diminution des chances qu'avait la jeune fille de contracter une union légitime (Bourges, 7 novembre 1900, Gaz. trib. 1901. 2. 26), et, même, préjudice moral apprécié, non en tant que blessure d'amour-propre, mais comme atteinte à la réputation de la femme (Nîmes, 2 janvier 1855, D. P. 55. 2. 161; 18 mars 1901, S.

(1) Demolombe, t. I. *Traité du mariage*, n° 29.

(2) V. aussi Aix, 7 juin 69 ; Cass. 17 mai 70, D. P. 70. 1. 364, et, sur les dépenses et besoins nouveaux nés de la maternité, Cass. 25 fév. 1890, D. P. 93, 1. 423.

1902. 2. 207). « Il existe, en effet, a dit Renan, un ensemble d'opinion, qui couvre d'infamie la femme non chaste et frappe presque de ridicule l'homme chaste (1). »

Telle a été la première étape jurisprudentielle, empreinte déjà d'une certaine équité, mais à laquelle les tribunaux ne se sont pas arrêtés. Par une lente évolution, ils en sont venus à admettre la validité des engagements contractés par le père au profit de la mère (Caen, 5 juillet 1875, S. 75, 2, 231) ou encore de l'enfant, dans le cas, par exemple, de reconnaissance de ce dernier irrégulièrement faite sous forme d'écrit privé, avec promesse d'entretien (Dijon, 20 juillet 1904, D. P. 1907, 2, 181 ; Auxerre, 9 janvier 1907, D. P. 1907, 5, 22). Quoiqu'il suffise, pour justifier cette manière de voir, de faire appel aux sentiments naturels, qui devraient pousser tout homme à assumer la responsabilité de ses actes, on lui a objecté l'irrégularité de la novation de l'obligation naturelle née de la séduction, soit pour vice de forme, soit pour cause inexistante ou illicite. Sourde à ces critiques, la jurisprudence a fait, croyons-nous, un juste départ entre le domaine de l'art. 1382 et celui de l'art. 340, ou plutôt entre les intérêts de la société et ceux de gens fort intéressés à vivre dans une indigne quiétude (Cass. 15 janvier 1873, D. P. 1873, 1, 180). Cependant elle a su conserver une haute valeur morale à ses décisions, en refusant de valider des promesses faites ostensiblement dans le but de récompenser une fille de ses complaisances (Cass. 23 juin 1887, S. 87. 1. 365).

(1) *Dialogues philosophiques*, p. 26.

Une troisième période de progrès a été marquée par l'extension des idées précédentes. Les tribunaux ont consenti à faire état des promesses émanées du séducteur, quelle que soit leur forme (Lyon, 30 mars 1890, S. 98, 2, 141). De simples indices graves leur ont suffi comme mode de preuve de ces promesses (Compiègne, 20 février 1895, Recueil d'Amiens, 1895, 247). De plus, le juge de paix du XII[e] arrondissement de Paris a rendu, en février 1908, un jugement par lequel il a accordé une indemnité à une concubine, du seul fait qu'ayant vécu plusieurs années maritalement avec son séducteur elle n'avait pu être abandonnée sans motif par celui-ci.

Tel est, à l'heure actuelle, l'état de la jurisprudence concernant la fille séduite. Si nous en avons exposé la genèse, c'est non seulement à cause des rapports qui existent entre les droits de la mère et ceux de l'enfant, mais aussi pour montrer comment, à l'aide des idées individualistes nouvelles, s'établit un lien entre concubins, même en dehors de toute convention. L'abandon injustifié expose son auteur à des conséquences analogues à celles du divorce (pension alimentaire).

Les développements qui précèdent nous permettront de ne pas nous étendre sur le sort de l'enfant naturel. La jurisprudence valide les promesses d'entretien faites à son profit par son père, comme celles faites à l'égard de la mère, car, dit-elle, si ces engagements ne prouvent pas nécessairement l'existence d'un lien de parenté, ils résultent de scrupules honorables, qui méritent d'être sanctionnés (Bordeaux, 5 janvier 1848, D. P. 48, 2.98 ; Toulon, 11 juillet 1872, D. P. 74, 2, 54). Très certainement ici

de simples indices graves engageraient aussi la responsabilité du père. Pour nous résumer sur cette question, nous dirons qu'à l'égard tant du fils que de la mère deux actions (1) existent : l'une délictuelle, née de la séduction (2), l'autre contractuelle, dont la seule différence apparente avec la première est que celle-ci ne peut être intentée que contre le séducteur, tandis que la seconde est opposable à toute personne. En pratique, rares seront ceux qui s'exposeront à cette dernière, sans avoir été mêlés à la séduction.

Cette tendance favorable aux enfants naturels et à la fille séduite est de même nature que celle qui, dans la famille légitime, vient en aide à la femme et aux enfants et dont le caractère individualiste ne peut être contesté. Le tribun Siméon avait dit, lors de la rédaction du Code, « qu'il n'honorerait pas les enfants naturels du titre d'héritiers, ne leur accorderait que des droits, mais leur garantirait la dette que leurs père et mère contractent en leur donnant naissance. » C'est la mise en œuvre, largement entendue, de ces idées, qu'a entreprise la jurisprudence. Aussi de nombreux auteurs (3) ont-ils proposé de transformer celle-ci en loi, en la modifiant si c'est utile, car laisser livrée aux dangers des

(1) Steinhardt. — *Loc. cit.*, p. 115.

(2) En raison même des circonstances dans lesquelles la séduction a été opérée, elle peut être, en effet, considérée comme un fait délictueux, d'où procède, à la charge du séducteur, l'obligation civile de réparer le dommage dont la victime a souffert. (V. les nombreux arrêts et les autorités cités en note, sous l'arrêt de Dijon du 20 juillet 1904. D. P. 1907. 2. 181.

(3) Congrès de la condition et des droits de la femme, 1900, p. 283 (Mlle Chauvin), p. 264 (M. Charmont), p. 263 M. J. Bonzon).

fluctuations de la pratique une partie si importante de notre législation n'est plus possible. Actuellement on ne peut plus restreindre les droits déjà conférés à l'enfant contre sa mère (1). Ne lui attribuer qu'une simple créance contre le père est contraire à la logique de notre législation.

La suppression de l'article 340 s'impose donc, entourée des garanties qui seront jugées utiles contre le chantage. Malgré tout, il subsistera (pour calmer les scrupules des personnes qui ont l'illusion de croire (2) que la femme entraînée par la passion sera retenue au bord de l'abîme par la pensée des conséquences de son acte) cette différence, entre la filiation légitime et la filiation naturelle, que la première se présume, tandis que la deuxième doit toujours être démontrée. La recherche de la paternité aurait le grand avantage de favoriser le progrès individuel, duquel seul, à l'heure présente, peut résulter le progrès social. « Si la loi venait à donner à toutes les mères les droits que n'ont jusqu'ici que les filles-mères et à tous les pères les devoirs que n'ont que que les hommes mariés, il se pourrait que l'enfant prît aux yeux de l'homme une valeur nouvelle et précieuse » (3) et que plus rares devinssent les cas d'abandon, plus fréquentes les circonstances où, de lui-même, le père subviendrait effectivement aux besoins de ses descendants.

Avant de laisser ce qui a trait à la formation de la famille naturelle, il nous paraît utile de dire un mot d'une intéressante proposition de M. Ambroise Co-

(1) V. Coste-Floret. — *Loc. cit.*, p. 180.
(2) Ledreux. — *Recherche de la paternité*. Thèse Paris, 1902, p. 105.
(3) Ellen-Key. — *Loc. cit.*, p. 249.

lin (1). S'appropriant une idée commune à plusieurs législations, cet auteur propose de distinguer les liens de famille de ceux de filiation. Le père, en reconnaissant son fils, manifeste à son égard une tendresse supérieure, dont il sera tenu compte par l'établissement entre eux de la plupart des prérogatives de la légitimité. Si l'enfant, au contraire, a été obligé d'organiser une recherche judiciaire de paternité, les plus grandes facilités de preuve lui seront accordées, mais il ne jouira que des droits nés de la filiation, qui sont assez restreints (éducation et entretien). Bien qu'intéressante, cette proposition a le tort de n'être qu'une demi-mesure. La paternité, en effet, est établie ou ne l'est pas. Dans le premier cas, il doit en résulter, pour l'enfant, certains avantages ; dans le second, aucun ; mais le descendant ne peut être ou non frappé de déchéances, selon la plus ou moins grande sympathie que lui témoigne son auteur. En toute hypothèse il se crée entre père et fils des rapports de famille, et si l'un des deux mérite d'être désavantagé, en présence d'une reconnaissance judiciaire, c'est le père, auquel la proposition Sembat, en pareille occurrence, enlevait même la puissance paternelle (2).

En dehors des parents et des enfants, voire même des frères et sœurs, la famille naturelle n'existe pas. Cependant un enfant illégitime pourra être élevé aux frais et par les soins charitables d'un parent de ses ascendants. Le fait est fréquent, surtout dans

(1) Ambroise Colin. — *Protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation.* Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 257.

(2) V. Coste-Floret. — *Loc. cit.*, p. 128.

les campagnes. La loi ne donne, toutefois, aucun effet à ces relations, si ce n'est en matière d'adoption ou de tutelle officieuse. Compréhensible en présence d'une recherche judiciaire de parenté, la barrière protectrice de la légitimité n'a plus de raison d'être devant la ferme volonté de parents désireux de faire constater légalement le lien qui les unit à un enfant. Il se peut, même, qu'un des ascendants meure sans avoir eu le temps de faire une reconnaissance à laquelle il songeait. Aussi a-t-on proposé de permettre aux père, mère, frères, sœurs et aux autres enfants des ascendants naturels d'effectuer une reconnaissance au nom de ces derniers. La Cour de Metz (21 janvier 1853, D. P. 56. 2. 193) a validé une reconnaissance faite par les héritiers de la mère. Nous ne l'approuvons pas. La plupart des opérations de ce genre n'ont d'autre but que de frapper l'enfant de déchéances successorales. Elles ne devraient être possibles, de la part d'autres personnes que les ascendants, que dans l'intérêt de l'enfant (1). En outre, M. Cherney a très judicieusement exposé que, sans faire entrer de plain-pied le descendant naturel dans la famille de ses auteurs, on pourrait accorder le droit aux membres de cette famille de déclarer qu'ils entendent le tenir pour leur parent (2).

Quoi qu'il en soit, à l'heure présente, il n'existe pas de famille naturelle en dehors des ascendants, enfants, frères et sœurs. Dès que la filiation est légalement établie, des droits et devoirs réciproques, analogues à ceux de la légitimité, s'établissent entre

(1) V. en ce sens Req. 11 juillet 1826 et note sous l'arrêt de Metz, D. P. 1856. 2. 193.

(2) Pandectes 96. 3. 68, note.

eux. C'est de ces divers droits et devoirs que nous allons maintenant parler.

Section IV

Vie de la famille naturelle

Non seulement la famille naturelle, ne reposant pas sur le mariage, n'implique pas de puissance maritale, mais le Code a réglé fort laconiquement l'autorité paternelle qui en résulte. Son texte le plus général (art. 383) se réfère à certains dispositions relatives au droit de correction dans la famille légitime. On avait même discuté, à propos de l'exercice de ce droit, son entière applicabilité à la famille naturelle. On se demandait s'il ne résultait pas de la loi que les art. 380, 381, 382 ne pouvaient lui être appliqués. Demolombe admettait (t. VI, p. 519) l'applicabilité de ces articles aux père et mère de l'enfant naturel. Duranton (t. III, p. 360), Proudhon (t. I, p. 248), Taulier (t. I, p. 484), etc., soutenaient le contraire. La jurisprudence, elle aussi, interprétait strictement l'art. 383. De semblables difficultés naissaient à propos des autres attributs de la puissance paternelle, bien qu'en principe celle-ci fût reconnue à l'ascendant sur ses descendants naturels, une fois le lien de parenté légalement établi, et que, pour son exercice, l'homme eût, en général, le pas sur la femme. Ce n'est que la loi du 2 juillet 1907

qui a modifié l'art. 383 du Code civil et nettement établi le principe de l'autorité paternelle naturelle.

La première observation que le nouveau texte suggère est l'absence de prédominance du père sur la mère. Jusqu'en 1907, on se heurtait, à cet égard, à un véritable chaos dans la doctrine. La jurisprudence elle-même, se plaçant au point de vue du réel intérêt de l'enfant, se réservait le droit d'apprécier, en fait, les situations qui lui étaient soumises et de confier l'enfant à celui de ses auteurs qui pouvait s'occuper le plus utilement de lui ou à un étranger (Req. 3 mars 1856, D. P. 56, 1, 190. — Paris, 10 mai 1894, D. P. 94, 2, 534. — Dall. Nouv. C. civ., ann., art. 383, § 13 à 15. — Lyon, 23 février 1904, D. P. 1904, 2, 364). Les tribunaux condamnaient, le cas échéant, l'époux privé de la garde à payer une pension à l'enfant. Le nouvel article 383, confirmant en majeure partie cette jurisprudence et partant du même point de vue qu'elle, confère la puissance paternelle à celui des ascendants, quel que soit son sexe, qui, le premier, a reconnu l'enfant. Le fait même de la reconnaissance est un témoignage de sympathie accordé à ce dernier par son père ou sa mère, et il est logique de voir, dans la priorité de date, la présomption d'une plus vive affection. Le second ascendant jouira toutefois de la puissance à la mort du premier ou si sa déchéance est prononcée. En cas de reconnaissance simultanée, le père sera préféré à la mère. De plus, les tribunaux ont le droit de faire passer la puissance paternelle sur la tête de celui des parents qui n'en était pas investi, si l'intérêt de l'enfant l'exige. Ainsi la puissance paternelle illégitime, différente de celle qui existe dans la famille légi-

time, se rapproche de l'idéal que voudraient donner à cette dernière les réformateurs modernes, en accroissant l'autonomie de l'enfant, veillant sur son avenir, le plaçant pécuniairement et moralement dans les conditions les plus avantageuses pour lui.

Les attributions de la puissance paternelle sont d'ordre moral et social ou d'ordre pécuniaire.

En ce qui touche les premières, les modifications législatives postérieures à 1804 sont rares, quoique le Code se soit désintéressé des enfants naturels, ce qui a rendu les praticiens désireux de combler la lacune existante. On admet généralement que les enfants naturels ont un domicile, non légal, mais personnel, au lieu de leur principal établissement (1). En ce qui concerne le nom, l'enfant prend celui de l'ascendant qui le reconnait le premier, puis du second, si c'est le père (2). La même règle était appliquée par la jurisprudence en matière de nationalité (3), mais la loi du 26 juin 1899, qui a remanié l'art. 8 du Code civil, a, par un heureux rapprochement avec ce qui a lieu pour la puissance paternelle, donné à l'enfant la nationalité du premier de ses auteurs qui l'a reconnu, et, en cas de simultanéité, celle du père. Ainsi sont écartées une foule de questions délicates, pleines de danger pour l'enfant naturel, qui, en matière militaire par exemple, l'exposaient à de nombreux ennuis. Ajoutons qu'il existe

(1) Planiol. — *Loc. cit.*, t. I, p. 208. — Cependant on pourrait se demander si la loi de 1907, modifiant l'art. 383, n'amènera pas un changement de jurisprudence. (Rapp. Civ. cass. 9 mai 1889, D. P. 89. 1. 424 et 27 mai 1884, D. P. 84. 1. 439.)

(2) V. D. *Suppl V° Nom* n° 24 et suiv.

(3) Despagnet. — *Précis de droit international privé*, 4e édition, 1904, p. 253.

dans la famille naturelle, légalement établie, les mêmes empêchements à mariage que dans la légitimité.

L'examen de la seconde catégorie d'attributions de la puissance paternelle, celles d'ordre pécuniaire, va nous conduire à étudier successivement la jouissance et l'administration légales, la tutelle, enfin l'obligation alimentaire.

Très critiquable au sein même de la famille légitime, l'usufruit légal était généralement refusé (1) aux parents naturels par la jurisprudence, qui les en jugeait indignes et leur permettait seulement de prélever sur les revenus de l'enfant les sommes nécessaires à son entretien (Caen, 22 mars 1860, S. 60. 2. 610. — Seine, 25 avril 1891, Pand. 91. 2. 333). La loi du 2 juillet 1907, modifiant l'art. 384 du Code civil, a, pour relever le prestige de la paternité naturelle, transporté dans les relations irrégulières cette prérogative peu justifiable de la légitimité. Si la loi paraît ici avoir abandonné ses tendances normales, elle y est revenue en réglant minutieusement l'administration légale, qui, dans la famille légitime, est laissée à la discrétion du père. La loi du 2 juillet 1907 a fait de ce dernier, dans la famille naturelle, un simple tuteur dont l'action est limitée et qui est surveillé par un subrogé tuteur. La méfiance qu'inspire la parenté naturelle n'est pas étrangère à cette réglementation, qui a du bon en soi et pourrait peut-être être étendue à la parenté légitime. En tout cas, l'administration et la jouissance légales, telles qu'elles ont été réglées, auront pour effet, dans

(1) Planiol. — *Loc. cit.*, t. I, n° 1689 et suiv.

la parenté naturelle, de rapprocher parents et enfants pour le plus grand avantage de ceux-ci.

La jurisprudence antérieure à 1907 avait fini par considérer la tutelle des enfants naturels comme ne pouvant être que dative, après bien des fluctuations dont le dernier terme a été marqué par un arrêt de la ch. des Req. du 16 novembre 1898 (D. P. 1899. 1.218). On se fondait sur l'immoralité présumée des ascendants naturels et la nécessité de protéger contre eux leurs descendants. Au contraire la loi de 1907, très justement à notre avis, car cela favorise le rapprochement des divers membres de la famille, a institué la tutelle légale illégitime. Cependant deux particularités essentielles séparent cette tutelle de celle de la légitimité. C'est, d'abord, la suppression de la tutelle des grands-parents, car l'enfant naturel n'entre pas dans la famille de celui de ses auteurs qui le reconnaît ; puis, celle des conseils de famille. Comprenant l'erreur de rédaction du Code de 1804, qui avait cru à l'intérêt que des indifférents, sans responsabilité, peuvent porter à un enfant, nos récents législateurs ont remplacé le Conseil de famille des art. 402 et suiv. du C. civ. par le Tribunal d'arrondissement. L'introduction chez nous de cette haute tutelle d'État, imitée de la législation allemande et dont la première initiative en France semble devoir remonter à une proposition de MM. Goirand et Monis, votée en 2e lecture au Sénat le 17 juin 1907, avait fait l'objet d'un examen sérieux de la part de la Société d'études législatives (1). Cette Société avait même formulé un projet de loi très favorable à la famille

(1) Bulletin Soc. d'étud. lég., 1901-1902, p. 561.

illégitime, mais trop compliqué pour être pratique.

Nous ne reviendrons pas sur le droit des parents à une pension alimentaire. Celle-ci existe, en cas de reconnaissance, comme dans la parenté légitime, et même (nous l'avons indiqué au sujet de la séduction) en dehors de toute reconnaissance. Le mari débiteur en est tenu sur les biens de communauté (Toulouse, 23 juillet 1863, D. P. 64. 2. 137), la dette alimentaire étant une charge de la parenté. Le fait de l'attribution d'une pension à la mère, même en dehors de la reconnaissance de l'enfant par le père, se comprend très bien, puisque la mère, éducatrice ordinaire des enfants, s'acquittera avec d'autant plus de conscience de ses devoirs envers eux, que, loin d'être pour elle une charge, ils lui faciliteront au contraire l'existence, grâce à la pension que le père servira. Il y a donc lieu d'approuver les décisions de justice rendues à cet égard. On peut, d'autre part, émettre le vœu de la suppression de l'art. 337, qui prive l'enfant naturel de tout secours s'il est reconnu pendant le mariage contracté par son père ou sa mère avec une tierce personne. La position du conjoint en ce cas est digne d'intérêt, mais celle de l'enfant aussi, et, loin d'établir l'exclusion d'une des deux parties intéressées, la logique voudrait qu'on répartît les avantages et les inconvénients de la situation entre elles.

Les obligations nées de la parenté reposent sur des actes de l'état civil réguliers. Rappelons à ce sujet que la loi du 30 novembre 1906, qui a interdit, sauf exception, de délivrer aux tiers des copies intégrales des actes de naissance, a un grand intérêt pour les enfants naturels. Toute désignation spéciale les marque; la divulgation de leur filiation peut souvent

leur faire manquer une situation avantageuse. Ils n'ont donc qu'à se féliciter de cette loi si nettement individualiste.

Section V

Donations et successions

Ayant terminé l'exposé de la vie de la famille naturelle, nous serions incomplet si nous ne disions quelques mots des donations ou successions auxquelles se trouvent mêlés les descendants illégitimes. Le Code civil (1) attribuait bien à l'enfant naturel, à l'encontre de ses parents, des droits pécuniaires plus considérables que l'ancien régime (2), mais il renonçait à les relever de leur infériorité sociale, que la Révolution avait cherché à supprimer (3). D'abord il en avait fait des successeurs irréguliers ; puis il avait réduit leur part héréditaire jusqu'à la supprimer, dans l'hypothèse de l'art. 337 ; enfin, il avait restreint leur capacité de recevoir à titre gratuit. La loi du 25 mars 1896 leur a ôté le caractère de successeurs irréguliers ; les enfants naturels, légalement reconnus, sont appelés en qualité d'héritiers à la succession de leur père ou de leur mère décédés. Ce changement, qui ne touche pas les relations existantes entre les enfants naturels et leurs frères et

(1) Centenaire du Code civil, p. 281.
(2) Pothier. — *Des personnes et des choses*, n°s 116 et 118.
(3) Loi du 12 brumaire an II et 15 thermidor an IV.

sœurs (art. 766), n'aurait peut-être pas beaucoup attiré l'attention, si le nouveau texte n'avait relevé leur part successorale dans une large mesure, même lorsqu'ils sont en concours avec des enfants légitimes du *de cujus* et à l'exclusion des collatéraux non privilégiés. On reproche aux modifications ainsi introduites leur allure trop générale et le fait qu'elles s'appliquent aux bâtards reconnus en justice, ce qui, dit-on, est contraire aux principes de notre droit successoral, fondé sur l'affection présumée du défunt. Pour nous, non seulement il est regrettable de voir les enfants naturels systématiquement délaissés, mais il est inexact que l'affection des individus se porte, comme l'a admis le Code, sur les membres de leur famille légitime de préférence aux autres. Aucune différence ne devrait, au point de vue héréditaire, exister entre eux. La loi permettant aux parents de disposer à leur gré d'une partie de leurs biens, c'est grâce à cette faculté qu'ils pourront toujours manifester leurs préférences ; les réserves doivent être égales. Du reste, avec les règles actuelles, non seulement la part de l'enfant naturel est successoralement une fraction de celle de l'enfant légitime, mais, même, cette fraction est si bizarrement établie, qu'il n'est pas possible qu'elle corresponde, en pratique, avec celle que la loi a voulu fixer. Le seul moyen d'écarter ces difficultés serait d'égaliser les réserves entre parents au même degré. Signalons, pour compléter cet ordre d'idées, que l'ancien article 761, qui permettait à l'ascendant d'éloigner de sa succession l'enfant naturel, en le mettant à même de gagner sa vie, a été supprimé par la loi de 1896.

La loi du 25 mars 1896 se réfère à la fois aux

successions et aux donations, régies avant par les mêmes dispositions et désormais soumises à une réglementation assez différente. L'ancien art. 908 C. c. interdisait de rien donner à l'enfant naturel entre vifs, ou à cause de mort, au delà de sa part successorale, sensiblement inférieure au disponible. Aussi bien des parents ne faisaient pas de reconnaissance, pour avantager leurs descendants illégitimes, et une jurisprudence contraire à tous les principes du droit admettait, pour faire tomber ces libéralités, des modes de preuve de la filiation absolument illégaux, tels, par exemple, que la simple indication dans l'acte du lien de parenté existant entre donateur ou testateur et bénéficiaire (Cass. 7 décembre 1840, D. P. 41, 1, 44. — Caen, 11 décembre 1876, D. P. 78, 5, 192). La loi de 1896 a abrogé l'ancienne règle de l'art. 908 pour les testaments, tout en la maintenant pour les successions, de sorte qu'actuellement il suffit d'un acte testamentaire pour accroître la part de l'enfant naturel. La loi limite aussi le nombre des personnes pouvant agir contre les libéralités excessives, et il est regrettable qu'elle en ait encore compris trop dans son énumération, qui devrait se borner aux seuls réservataires. En tout cas on ne peut qu'approuver le principe de ces mesures, qui permettent à un ascendant de disposer à l'égard de son descendant des biens qu'il pourrait laisser à un étranger.

Le rapprochement du même article 908 et de l'art. 337 (1) dont nous avons parlé plus haut, à propos des enfants reconnus en mariage, serait de nature

(1) Bien entendu, l'art. 337 ne s'applique que si la reconnaissance est faite pendant le mariage, non si elle intervient avant ou après (Douai, 26 février 1903, D. P. 04. 2. 385, et note de M. Planiol).

à priver ces derniers de tout droit ; mais les tribunaux se refusent à combiner les deux textes. Ils considèrent que l'art 337 ne peut ôter à l'enfant que les droits qu'il tient de la loi, non ceux qui lui viennent par donation ou testament, auxquels il pourrait prétendre même s'il n'était pas reconnu (Nîmes, 6 juin 1877, Cass. 28 mai 1878, D. P. 1878, 1, 401).

Ainsi, ayant parcouru les solutions les plus intéressantes fournies par le droit moderne, au sujet des intérêts pécuniaires de la famille illégitime, nous sommes amené à constater que, là encore, la situation inférieure qui était faite à l'enfant naturel s'atténue et que le courant individualiste, qui entraîne nos législateurs, tend à l'élever chaque jour davantage au niveau de son frère légitime, avec lequel, par une sorte de réhabilitation progressive, il finira peut-être par se trouver sur un même pied d'égalité.

Section VI

Les enfants adultérins et incestueux ; la légitimation

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici que des enfants naturels simples. Reste à dire quelques mots des filiations adultérines ou incestueuses et de la légitimation.

Les législations antérieures au XX^e^ siècle, y compris le Code civil, avaient traité avec un extrême dédain ces catégories spéciales de descendants illégitimes. Sur eux pesait la faute originelle et le poids de

raisonnements d'une moralité contestable, qui, sous prétexte de sanctionner les fautes des parents, leur faisait un devoir d'abandonner leurs enfants. Fait étrange, la loi, par crainte du scandale, interdisait de les reconnaître, alors que les incapacités dont elle les frappait impliquait la divulgation de l'immoralité de leurs auteurs. Aussi protestait-on depuis longtemps contre cette injustice, qui faisait que les enfants adultérins et incestueux, innocents des événements qui avaient entouré leur naissance, végétaient dans la misère, quand les vrais coupables, leurs auteurs, jouissaient parfois d'une large aisance (1). Les tribunaux avaient été frappés de cet état de choses et avaient fait un premier pas dans la voie des améliorations, en tolérant la légitimation de ces enfants, dans les cas où une dispense ultérieure (comme entre oncle et nièce, tante et neveu) pouvait lever l'obstacle qui s'opposait au mariage de leurs parents (Cass. 27 janvier 1874, D. P. 1874. 1. 216) (2). Mais la vraie réforme sur ce point est due à la loi du 9 novembre 1907, qui a autorisé la légitimation, par mariage subséquent, des enfants adultérins ou incestueux et leur a conféré ainsi les droits de la légitimité.

La seule remarque importante que suggère cette loi si intéressante, et en même temps si juste depuis la suppression de l'article 298 du Code civil (loi du 15 décembre 1904), est la différence qui subsiste encore entre la situation des enfants naturels simples et celle des enfants adultérins et incestueux. Les

(1) Joachim. — *Loc. cit.*, p. 498.

(2) Rapp. Douai, 29 mars 1873 (D. P. 73. 2. 173 et autorités citées).

premiers peuvent être non reconnus, reconnus ou légitimés ; les seconds ne peuvent être que non reconnus ou légitimés. Le rapporteur de la loi de 1907 disait à la Chambre : « Il y a dans notre Code deux sortes de reconnaissance : celle de l'article 331, qui est la reconnaissance à fin de légitimation, et celle de l'article 335, qui est la reconnaissance ordinaire. Nous donnons le droit de reconnaître les enfants adultérins, mais dans le cas de légitimation seulement (1). » Ceux-ci sont donc placés en face d'une alternative : la légitimation ou le défaut de reconnaissance. La conséquence de cette situation est que les reconnaissances forcées, ou faites en dehors du mariage, ou résultant d'un désaveu, ne procureront pas à l'enfant les droits de l'enfant naturel simple. La loi du 9 novembre 1907 n'en est pas moins d'une haute portée morale, puisqu'elle peut s'appliquer même au profit d'enfants décédés en laissant une postérité et permettre en de nombreuses occasions la régularisation d'unions illégitimes. Elle deviendrait superflue, le jour où l'on supprimerait toute différence entre les enfants naturels et entre ceux-ci et les enfants légitimes. Ce jour n'est sans doute pas encore proche, mais son avénement pourrait être, contrairement à l'opinion ancienne, le vrai moyen d'inspirer aux parents, à cause de leurs descendants, le respect, en même temps que des lois et de la morale, de leur propre personne et de leur famille légitime.

Les lois révolutionnaires avaient visé ce but, mais l'opinion publique n'était pas prête à accepter de si

(1) J. off. 19 février 1907, p. 382.

larges idées. Elle ne saisissait pas alors, comme aujourd'hui, l'intérêt social qui s'attache à la protection des enfants naturels. Remédier à l'infortune de ces enfants (la plupart du temps moralement ou matériellement abandonnés) en leur créant une famille, c'est travailler à leur moralisation et, par suite, à la grandeur du pays. Les délits de mineurs augmentent sans cesse (1) ; la sévérité des lois ne peut pas plus les enrayer qu'elle n'arrête les infanticides. Seule, une amélioration du sort des familles malheureuses, des unions irrégulières en particulier, pourrait avoir ces conséquences. On a objecté (2) que le droit prussien n'avait, malgré tous ses efforts, obtenu aucun résultat en procédant ainsi. Mais on oublie, spécialement en ce qui concerne l'infanticide ou l'avortement, que c'est déjà un gain de voir le nombre de ces crimes rester stationnaire, quand des théoriciens, désireux de nous ramener à l'idéal de la morale antique, invoquent ouvertement pour la femme le droit à l'avortement et à l'infanticide. Quoi qu'il en soit, le système du Code était contraire à l'équité et aux mœurs ; il ne répondait plus aux besoins nouveaux issus de la conscience sociale (3). La pratique et quelques lois récentes se sont efforcées de l'amender. Malgré tout, un nouveau travail d'élaboration s'impose, car le droit n'est plus aujourd'hui ce qu'il était en 1804. Le Code Napoléon réglait le droit relatif aux biens d'après l'intérêt individuel, celui des personnes d'après l'intérêt du groupe.

(1) Bonzon. — *Législation de l'enfance*, p. 117.

(2) Gastambide. — *Loc. cit.*, p. 156, note.

(3) Renaud. — *La faillite du mariage et l'union future*. Paris, 1899, p. 104.

Aujourd'hui la situation inverse se présente ; le droit des personnes s'individualise. Aussi devient-il nécessaire de s'intéresser à l'enfant naturel. On ne peut, quelque sympathie que suscite une institution aussi morale que le mariage légal, s'attacher exclusivement à elle et laisser de côté des situations de fait aussi importantes que celles qui naissent de la parenté naturelle (1).

L'intérêt social exige que la loi, même si elle favorise l'union légitime et considère comme une faute l'illégitimité, réduise au minimum les fâcheux effets de celle-ci. Pour cela, il n'est pas de meilleur procédé que le rapprochement des familles légitime et naturelle. Les mairies de la Seine l'ont si bien compris, a fait observer M^me^ La Cécilia au Congrès de la condition et des droits de la femme en 1900 (p. 392), qu'elles accordent à la mère d'enfants naturels reconnus, pendant le service militaire du père, une subvention analogue à celle servie aux familles légitimes (2). Les auteurs du Code civil allemand, quoiqu'ils n'aient légalement rattaché l'enfant naturel qu'à sa mère, ont senti tout le prix de telles améliorations et le peu de danger de l'assimilation des deux catégories d'enfants : « Ce qui milite, disent-ils (3), en faveur de l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes, c'est l'intérêt pressant qu'il y a à améliorer leur situation ; c'est aussi le

(1) Starke. — *La famille dans les différentes sociétés.* Paris, Girard et Brière, p. 249.

(2) Selon *Le Figaro* (27 septembre 1908) la même disposition aurait été généralisée par l'administration militaire, pour les compagnes des conscrits appelés au service.

(3) Motifs du Code civil allemand, t. IV, p. 854.

fait qu'il existe des rapports matériels et moraux entre les enfants naturels et leur mère ou la famille de leur mère, sensiblement analogues à ceux qui existeraient s'ils étaient légitimes, en sorte qu'avec quelques modifications appropriées à la différence des circonstances, la situation de l'enfant naturel peut être assimilée à celle de l'enfant légitime (1). » Rattacher l'enfant à sa mère est, en effet, ce qui paraît tout d'abord le plus aisément accessible, dans l'impuissance où l'on est encore d'organiser une famille naturelle indépendante de la famille légitime.

En résumé, l'évolution des deux sortes de famille procède des mêmes tendances. Sans doute les résultats ont été un peu différents chez chacune d'elles, à cause de la diversité des situations, mais, pour l'une et pour l'autre, le but poursuivi a été l'extension des prérogatives individuelles, en vue de procurer à chaque membre du groupement le maximum de développement possible de ses droits. Seulement, tandis que dans la parenté légitime nous assistons à une dégradation de l'ancienne cohésion familiale, dans la parenté naturelle, nous constatons, au contraire, un resserrement des membres de la famille illégitime, laquelle rappelle de plus en plus l'union légale. Mais c'est toujours l'individu qui profite de ce mouvement, lequel aboutit, dès lors, au triomphe de l'individualisme dans la parenté naturelle comme dans la famille légitime.

(1) Une législation qui supprimerait l'absurde déshonneur de la maternité naturelle, une législation qui respecterait la mère quelle qu'elle soit, une législation qui empêcherait le lâche abandon du mâle aurait un résultat important au point de vue moral ; elle ferait disparaître l'exécrable infanticide et tarirait une des sources de la prostitution. (Dr Wylm, *La morale sexuelle*, p. 182.)

Section VII

Le mariage et l'union libre

Quelque rapide qu'ait été l'examen que nous avons fait de la famille légitime et de la famille naturelle, nous avons pu cependant nous rendre compte que, par un processus lent, mais continu, au milieu de difficultés innombrables résultant de certaines tendances d'ordre politique et religieux, ainsi que du désir de maintenir la suprématie des ascendants et de la famille légitime, les deux genres de parenté en viennent à confluer l'un vers l'autre. D'une part le mariage se dégage peu à peu des formalités superflues dont il était entouré, pour se mettre plus aisément à la portée des époux, tandis que l'autorité parentale s'estompe, faisant place à une sorte de protection bienveillante et large, uniquement établie dans l'intérêt des descendants. D'autre part le divorce, grâce aux efforts persistants de la jurisprudence, ouvre chaque jour plus grandes ses portes aux époux que le maintien d'une union mal assortie plongerait dans le désespoir. Les principaux projets soumis à nos Assemblées législatives, au sujet de cette institution, en témoignent. En même temps, et tandis que l'individualisme s'affirme de plus en plus dans la famille légitime, une sorte de famille naturelle se crée au nom du même principe. On reconnaît aux enfants naturels une parenté ; on

admet pour la fille séduite des compensations et des droits en cas d'abandon. Il est, par suite, permis de se demander si la limite de cette évolution, loin d'être, comme certains l'assurent, la dissolution de la famille, ne serait pas plutôt l'extension de celle-ci, par la transformation du mariage en une sorte d'union libre qui, empruntant à l'union légale actuelle la plupart de ses avantages, essaierait de les étendre à la famille naturelle.

A cet égard il importe de bien préciser la valeur des mots « union libre ». Cette appellation, suivant les auteurs qui l'emploient, signifie, soit l'union occasionnelle et plus ou moins prolongée de deux individus de sexe différent, soit la mise en commun de leur existence pour s'aider mutuellement à supporter les charges de la vie. Dans le premier cas on se rapproche du stuprum romain ; dans le second, on a une sorte de mariage, dépourvu de formalités. C'est dans ce dernier sens que nous comprendrons ici l'union libre. Ainsi conçue, on peut dire que le mariage s'en distingue actuellement moins par l'étendue de l'affection réciproque des époux, que par les effets juridiques que la loi attache à l'union légitime (1). Si ces effets étaient conférés à l'union libre, les objections les plus graves faites à celle-ci (crainte d'une décadence sociale, désagrégation de la famille) n'auraient qu'une portée plus restreinte. Ces griefs semblent, en effet, exagérés et en opposition avec notre évolution historique. Ce n'est pas à la décomposition sociale que nous courons, mais à la transformation progressive de nos institutions, et le

(1) Starcke. — *Loc. cit.*, p. 38.

reproche qu'on peut adresser aux adversaires systématiques des constantes modifications qui se produisent est de concevoir encore, comme jadis, les droits concernant les personnes réglés au profit de la collectivité et les droits concernant les biens jalousement établis au profit des individus, alors que l'inverse tend à prévaloir aujourd'hui, le statut personnel s'individualisant et le statut réel paraissant, au contraire, s'orienter vers la socialisation. « La transformation de nos sociétés commence, a-t-on pu dire, par le côté économique, et la liberté des familles, au lieu d'en être l'origine, en sera la conséquence ; mais qu'elle soit au commencement ou à la fin, elle ne fait pas moins partie de l'inéluctable transformation sociale (1). »

Notre milieu économique, comme nous l'avons déjà montré, ne se prête plus, aussi bien que ceux qui l'ont précédé, au maintien de la famille-souche ; les unions libres durables et stables se multiplient ; il devient nécessaire de leur conférer la plupart des effets du mariage légitime. Au Congrès de la condition et des droits de la femme, en 1901, M. Viviani, s'il écartait l'idée de l'union libre actuelle, c'est-à-dire non réglée par la loi, ajoutait : « La langue du droit, si précise soit-elle, ne permet pas de définir cet état moral où sont mises en commun les joies et les douleurs (2). » Il se rattachait ainsi à l'idée d'une sorte de mariage dénué de formes inutiles, mais assorti d'effets sérieux. De son côté, le Comité de réforme du mariage a émis une proposition (3) aux termes

(1) Naquet. — *Loi du divorce.* Introduction, p. VI.
(2) Congrès de la condition et droits de la femme, p. 196.
(3) Janvier 1906. Rapportée par Coirard, *loc. cit.*, p. 82.

de laquelle : « Le mariage est un contrat d'ordre privé : il est formé par tout acte d'où résultent l'identité des contractants et leur volonté de s'unir. Ce contrat, pour avoir des effets civils et une date certaine, doit avoir été constaté par une transcription sur les registres de l'état civil. » Le paragraphe qui suit, relatif au divorce, renferme des dispositions symétriques aux précédentes, de telle sorte que la simplification des formes, tant pour la constitution que pour la dissolution de l'union conjugale, se dégage de l'ensemble du projet. Si, dès lors, on admettait la possession d'état au nombre des actes d'où peut résulter la preuve du mariage, les conséquences de ce projet, élaboré par une commission officielle, seraient considérables. Deux seules hypothèses, en effet, se présenteraient : ou l'état de légitimité, correspondant à la fois au mariage actuel et à la situation de ceux qui, aujourd'hui, vivent comme mari et femme, sans en avoir légalement le titre, et comportant des conséquences variables avec la publicité qui aurait entouré la formation de cette association, ou la cohabitation momentanée, sans effet juridique, qui n'a jamais eu l'apparence du mariage. Cette façon d'envisager les choses aurait l'avantage de réduire sensiblement la catégorie des enfants naturels et des filles-mères et de tarir une des sources les plus importantes de la misère et de la criminalité. Vis-à-vis des enfants, ce résultat serait même plus complet, si notre législation adoptait la règle du droit allemand (art. 1705 et 1706) : « Il n'y a pas de bâtard par la mère. » Peut-être cette conception de la famille déterminerait-elle un relèvement du niveau moral de la société.

Il devient intéressant, ceci exposé, d'examiner les principales conséquences que comporterait l'union libre, conçue dans le sens que nous donnons à cette expression. Ce sont les mêmes que voudraient faire législativement accepter la plupart des propositions de réforme du mariage récemment émises.

Le mariage implique d'abord un certain nombre de rapports entre époux. L'union libre, en étant le plus souvent le reflet, les suppose logiquement. Cependant la jurisprudence s'est refusée jusqu'ici à les reconnaître (Seine, 11 décembre 1902, D. P. 1902, 2, 134). Elle sera probablement amenée à les consacrer, car les mœurs l'y forceront. Déjà des Sociétés de secours mutuels, à Paris notamment, accordent aux veuves de leurs membres des secours après décès, en tenant compte, non du caractère légitime de l'union dissoute, mais de la possession d'état d'épouse.

Vient ensuite la question du régime matrimonial. L'union libre ne pourrait s'accommoder de la communauté légale; mais c'est justement le régime de la séparation de biens que préconisent, pour le mariage, les féministes et qui s'adapterait parfaitement à l'union libre. Les tribunaux eux-mêmes, tout en refusant d'admettre les règles de la communauté dans la société de fait des concubins (Paris, 19 août 1851, D. P. 54, 2, 84), de telle sorte que ceux-ci n'ont droit qu'au bénéfice des opérations faites en leur nom personnel, accueillent facilement la preuve de l'existence entre eux d'une société universelle de gains et se contentent parfois, à cet effet, d'un commencement de preuve par écrit (Paris, 13 juin 1872, D. P. 1873, 2, 169).

Nous pourrions parler encore des donations qui, eu égard à l'exiguité du taux des donations permises entre époux, mettent les concubins dans une situation préférable à celle des conjoints légitimes ; mais, pour rester dans les limites de notre sujet, nous nous contenterons de citer la suppression de l'article 340, si souvent réclamée, l'extension des indemnités en matière de séduction, les dommages accordés pour entretien d'enfants même non reconnus, comme autant de points qui rapprochent les relations illégitimes des relations procédant d'unions légales et régulières.

De nombreux auteurs font à l'union libre la grave objection suivante : Quelle sera la situation du moins indépendant des époux, spécialement de la femme qu'on est convenu de regarder comme moins apte à se sortir d'affaire, en cas de désunion ? Même riche, assure-t-on, la femme qui aime son conjoint tremble d'être abandonnée ; pauvre, elle craint les conséquences d'un caprice de son mari, pour elle et pour ses enfants (1). S'il en est ainsi dans le mariage, combien cela serait-il plus à redouter dans l'union libre ? On peut répondre que la mésintelligence domestique provient souvent moins de l'absence de sympathie entre conjoints, que du défaut de tact dans leurs rapports ou du manque de patience et d'esprit de concorde, ce qui crée l'incompatibilité d'humeur. Or ces causes de froissement existent dans le mariage, tel que nous l'avons aujourd'hui, et peuvent entraîner le divorce. La situation de la femme s'y trouve donc aussi instable

(1) Congrès de la condition et des droits de la femme. *Rapport de M. Walstenholme Elmy.*

qu'elle le serait avec l'union libre (1). A bien considérer les choses, la vie à deux, la communauté d'intérêts existent tant dans l'union libre que dans le mariage (2). Dans la première, comme dans le second, du fait seul de la cohabition résulte une interdépendance réciproque, issue des nécessités de la vie journalière, qui fait qu'on est heureux des joies de son conjoint et qu'on souffre de ses peines, qu'on partage avec lui la bonne comme la mauvaise fortune.

Nous ne nous dissimulons pas que, malgré tout, l'union libre, même conçue comme finalité de l'évolution du mariage, aura de nombreux opposants. Ceux-ci, outre les objections que nous venons de signaler, invoqueront des arguments tirés, soit des difficultés pécuniaires auxquelles la femme peut se trouver en butte, soit d'un besoin de protection des enfants. L'union libre, dira-t-on, va irrémédiablement compromettre l'intérêt de la femme (3), des enfants, de la société. Si elle peut donner toute sécurité à la morale, elle est impuissante à satisfaire aux nécessités matérielles du mariage. Nous convenons qu'il en peut-être quelquefois ainsi, mais on concèdera qu'il s'agit là d'une question de règlement d'intérêts plutôt que d'une question de principe. Oui, certes,

(1) Fleury. — *Le Correspondant*, 10 janvier 1907 : « Le mariage n'est que ce qu'y mettent les conjoints et dont les données sont modifiées par l'usage qu'on en fait. »

(2) Marcel Prévost. — *Le jardin secret :* « Ce n'est point dans les paroles rituelles qu'est l'existence du mariage, ni même dans la communauté amoureuse... Si les lois changent les rites conjugaux dans l'avenir et que cela : vie à deux et communauté d'intérêts, soit conservé, ce sera encore le mariage. »

(3) On critique aussi l'absence de droit successoral, pour la concubine, sur l'hérédité de son associé. V. le drame « *C'est la loi* », joué au Théâtre libre en 1906.

la femme, l'enfant ont besoin d'être protégés en cas de rupture du lien conjugal, mais ce sont justement ces règles de protection qu'on se préoccupe d'étendre, par voie législative, à l'union libre (1), la jurisprudence, faute de texte qui l'autorise à le faire, se bornant à accorder des dommages-intérêts. La dispersion de la famille, l'extinction du foyer ne viennent pas de l'union libre, mais de sa cessation, de même qu'elles sont le résultat de la dissolution du mariage. Il n'est pas toujours exact de dire que l'union libre tire sa fragilité de la rapidité de sa formation, car si l'intérêt pécuniaire est un lien puissant dans certains mariages, combien plus solidement, en dépit de toutes les formes administratives, l'adhésion volontaire et personnelle des futurs associés, leur affection mutuelle, la puissance persistante d'une longue suite d'habitudes contractées en commun cimenteront-elles l'union libre ! (2) On ne peut, dès lors, invoquer, du chef de l'enfant ou de la femme, aucun argument décisif, spécial à l'union libre, qui

(1) Une excellente comparaison de l'union libre et du mariage à l'égard de la femme a été faite par Ellen-Key, *loc. cit.*, p. 274 : « La femme qui a contracté une union libre, qui renonce par conséquent au bénéfice légal du mariage lui assurant sa subsistance, garde la libre disposition de ses enfants, son indépendance, sa responsabilité et ses droits civiques. Elle conserve, en d'autres termes, tout ce qui lui assure une situation sociale respectable, mais perd l'estime des hommes et la sécurité pécuniaire. La femme mariée, au contraire, perd tout ce qui a du prix en tant que membre d'un état social ; en revanche, elle jouit de l'estime publique ; elle a droit à l'entretien de sa personne et à une part d'héritage. »

(2) Bientôt les jours de la vie nouvelle, de la vie à deux s'accumulent, nous font un passé commun, qui, définitivement, masque les deux routes diverses par où on est parvenu à se rencontrer. En même temps, les forces qui ont rapproché les époux, loi ou désir, affaiblissent progressivement leur action. L'épouse s'aperçoit que le bénéfice légal lui est acquis. » (M. Prévost, *Le jardin secret.*)

soit de nature à faire définitivement rejeter cette dernière comme fin de l'évolution du mariage. Ceci, bien entendu, à la condition de se placer, comme nous l'avons toujours fait, en présence d'une union réelle et intime, d'une sorte de mariage, simplifié tant dans sa constitution que dans sa dissolution. C'est sous cette réserve qu'on peut considérer l'union libre comme le but auquel tend, sous l'influence des idées individualistes, la famille actuelle.

Si l'idéal des sociologues (1) est « l'union libre » indissoluble, il nous semble difficile, dans un pays civilisé et avec une conception étatiste, même très libérale, d'admettre, pour ce genre de mariage, une absence totale de réglementation. La libre association des individus pour le combat de la vie peut bien se passer d'une consécration administrative ou religieuse, mais comme d'elle peuvent découler des conséquences prévues ou faciles à prévoir (naissance d'enfants, séparation des conjoints), il importe que la loi, si elle ne fait pas de formes minutieuses une nécessité, détermine du moins les conséquences du régime de fait adopté par les époux (2). Et alors on peut se demander si le mariage et l'union libre devraient être deux formes distinctes et hiérarchisées de l'union légitime, car qui dit union libre réglementée dit, en somme, mariage. Il semble que non et qu'on puisse concevoir qu'il n'existe un jour

(1) Peytel. — *Loc. cit.*, p. 183.

(2) Le projet du Comité de réforme du mariage, présidé par M. H. Coulon, déclare que « le mariage résulte de tout mode de manifestation du consentement, suivi de transcription à l'état civil ; l'officier de l'état civil en donne simplement acte et l'opposition est réservée aux seuls parents et au ministère public. (V. *La morale sexuelle*, de Wylm, p. 267.)

qu'une seule sorte d'union légitime, dépouillée le plus possible d'exigences légales et de formalités. L'étape, pour en arriver là, sera peut-être longue et il est difficile de prévoir quelles pourront être les conséquences finales de l'évolution du mariage. Cependant, suivant toute apparence, on est fondé à penser que l'union libre régulière se fondra dans le mariage, grâce aux modifications qui seront apportées à leurs règles respectives, notamment en ce qui touche les modes de preuve, la formation et la dissolution de ces sociétés conjugales.

Le mariage actuel se recommande à la vérité par des considérations puissantes. Il répond à une utilité sociale et constitue l'un des aspects sous lesquels nous recherchons le bonheur, mais il peut être possible de retrouver les mêmes avantages dans l'union libre. De plus, la certitude de pouvoir se séparer sans difficulté, tout en étant fréquemment la cause de la persistance de l'amour des époux, devient, par là même, celle de leur moralisation et de leur fidélité réciproque (1). Rien n'est plus séduisant que le fruit défendu. Ce qui fait l'attrait de l'adultère, c'est souvent moins l'amour que la tentation résultant de l'illégalité de l'acte et les risques qu'il comporte. Que de fois il serait évité, si la femme se savait maîtresse d'elle-même et si le mariage reposait en réalité, comme l'union libre, sur le constant renouvellement, chez les époux, de la volonté de demeurer unis ! C'est cet idéal qu'ont en vue la plupart de ceux qui poursuivent la réforme de

(1) Le Dr A. Wylm, *loc. cit.*, p. 172, dit : « Notre mariage a été caractérisé de cette plaisante façon : « Une monogamie tempérée par l'adultère. »

l'union conjugale. Quelque opinion qu'on ait sur le le résultat possible des aspirations de notre époque relatives à l'union libre, il est certain qu'elles se développent sans cesse. L'exposé critique sommaire que nous en avons fait permet de se rendre compte du rapprochement constant qui s'établit entre cette forme d'union, que les efforts de la législation concernant la famille naturelle assimile de plus en plus à une sorte de parenté, et l'union légale, qui, par la dégradation continue des nuances qui la séparent des unions irrégulières, par l'abaissement progressif des barrières qui l'enserrent, par la facilité de plus en plus grande qu'ont les individus de s'unir ou de se séparer, marque un pas vigoureux vers la liberté de la famille. Il suit de là que, s'il advient, comme c'est probable, que les propositions dont nous nous sommes occupé prennent un jour place dans nos lois, les dispositions sur le mariage seront fort simplifiées. La cérémonie civile (1) pourra se réduire à un simple enregistrement ; de même, peut-être, la dissolution du mariage, grâce au consentement mutuel. Les rapports entre époux ne dépendront que de leur bonne entente réciproque et seront assortis du divorce, dont des dommages-intérêts pourront sanctionner l'usage intempestif. Bien qu'elles semblent excessives, ces idées ne méritent pas les vives critiques dont elles ont été l'objet (2), surtout si on les considère, non point comme prêtes à entrer dans

(1) Confér. projet Coulon.

(2) Un exposé assez acerbe des critiques adressées aux partisans de l'union libre et des réformes modernes du mariage se trouve dans la « *Réforme sociale* » du 1er janvier 1903, p. 111 : « *Le programme socialiste et l'union libre* », par Béchaud.

le domaine des faits, mais comme de simples éventualités pouvant un jour servir de terme à l'évolution du droit de famille. Quelle que soit, du reste, l'élasticité qu'on veuille donner au lien conjugal, les influences qui en assurent le maintien ne peuvent disparaître ; elles ont toujours existé, même en dehors des lois, ce qui explique l'apparente insuffisance du texte que proposait Saint-Just comme article unique sur le mariage : « *ceux qui s'aiment sont mari et femme* (1). »

Nous sommes donc, avec l'union libre, au summum des efforts de l'individualisme dans le domaine familial. Nous avons compris comment les diverses fractions de l'opinion, plus divisées sur le terrain religieux ou politique que sur les principes théoriques du droit, avaient essayé soit de maintenir l'ancienne autorité collective de la famille, soit, au contraire, d'une façon plus moderne, de sauvegarder la liberté de chacun à l'encontre du groupe dont il fait partie. Nous avons vu s'atténuer peu à peu la force des anciennes idées, tandis que s'accusait d'une façon progressive le développement de l'individualisme ; si bien que, par suite des progrès ainsi réalisés, le mariage se rapproche de plus en plus de l'union libre, avec laquelle il se fondra peut-être un jour. Ne nous dissimulons pas, cependant, qu'en l'état des mœurs actuelles, si peu socialisées encore, essayer de fondre le mariage et l'union libre dans une même institution serait prématuré. Cette fusion ne paraît possible que dans un avenir très lointain et sera peut-être contrariée par le cours des

(1) Ellen-Key. — *Loc. cit.*, p. 244, 299.

événements. Elle ne s'en offre pas moins à nous, présentement, comme une conséquence logique, quoique future, de l'évolution que nous avons étudiée (1). Il se pourrait même que sa réalisation n'eût pas les fâcheux effets que certains redoutent, car on sera, dans l'avenir, mieux préparé qu'on ne l'est actuellement à cette nouvelle conception du lien conjugal. En définitive, l'esprit de famille durera tant que subsistera l'amour réciproque des parents et des enfants, de même que celui des époux entre eux, et rien ne permet de supposer la décadence de ces sentiments naturels.

Ainsi se trouve esquissée la première partie de notre sujet, l'influence de l'individualisme dans les rapports de famille. L'évolution de ces rapports provoque l'intervention d'une autre force, qui mérite aussi de retenir notre attention. Dans le monde tout est harmonie : lorsqu'une institution sombre, elle est remplacée par une autre. L'autorité collective de la famille, qui contrôlait l'individu, ayant dû se restreindre sous la pression des mœurs, l'Etat a graduellement pris sa place. C'est de cette substitution que nous allons maintenant parler.

(1) V. Margueritte. — *La Dépêche de Toulouse*, 9 juin 1908.

CHAPITRE IV

INTERVENTION DE L'ÉTAT DANS LA FAMILLE

Les conceptions sociales des peuples, quelles qu'aient été les aspirations religieuses ou politiques qui aient présidé à leur développement, peuvent se ramener à deux. L'une, l'individualisme, a pour but de procurer à chacun le maximum d'indépendance compatible avec le maintien de la société; l'autre tend à concentrer aux mains de cette société les intérêts ou les droits de ses divers membres. Or le rapport de puissance respective entre la force individuelle et la force collective peut varier, de même que le groupement qui exerce son autorité sur l'individu est susceptible de se modifier. Nous nous en rendrons compte dans l'exposé qui va suivre.

Section Première

Généralités; nécessité de l'intervention de l'État

Les transformations économiques et sociales de notre époque se répercutant sur le droit, l'idée qu'on

se fait actuellement des rapports familiaux diffère sensiblement de celle, toute autoritaire, qu'avaient nos devanciers. Sans remonter à l'époque romaine, où la puissance paternelle était, surtout au début, assez développée pour empêcher l'immixtion de tout autre pouvoir dans la famille (1), l'ancien régime faisait résulter de la parenté une sorte de relation à deux degrés entre les citoyens et l'État. D'un côté, la famille, organisée et forte, exerçait sur ses membres un contrôle énergique et continu, qui pouvait en quelque mesure empiéter sur les droits de l'État (2) ; de l'autre, l'État pratiquait à l'endroit des individus une certaine surveillance ou une haute direction, mais s'en remettait d'ordinaire, pour la discipline intérieure de la famille, à la vigilance parentale. Cela explique la grande faveur dont jouissait la parenté légitime et le discrédit qui atteignait l'illégitimité. Avec le temps, les conditions sociales ont changé. La famille n'apparaît plus comme un intermédiaire indispensable entre l'État et l'individu. La pensée moderne, sous l'impulsion des idées individualistes, se détache de la conception d'un groupement constitué comme celui qui, si longtemps, a formé la base essentielle de la société. C'est au détriment de la famille que les membres de celle-ci ont acquis leur indépendance : un retour au passé paraît désormais peu probable. Par contre, l'État, qui devait maintenir sa prépondérance sous peine de désagrégation, était forcé de remplacer l'autorité décroissante de la parenté par son propre contrôle. C'est ainsi que,

(1) Girard. — *Loc. cit.*, p. 135 col. 4. 8. 1. *cum patri lex regia*, etc. Denys, 2. 26. 27.

(2) Bernard. — *Loc. cit.*, p. 314 et suiv.

grâce à la disparition de l'échelon intermédiaire, s'est nettement posée la dualité de l'individu et de l'État. L'un et l'autre étaient depuis des siècles en présence, mais l'interposition de la famille, sorte de tampon établi entre eux, les avait empêchés jusqu'ici de se heurter. A l'heure actuelle, il est impossible de méconnaître l'interdépendance de la force individuelle et de la force sociale dans notre législation. Un pays civilisé ne peut vivre par la simple juxtaposition d'individus isolés, sans lien entre eux, ni intérêts commun. Or la lutte a toujours été vive entre la collectivité sociale et ses membres. Pendant des siècles, l'autorité collective a prévalu chez les peuples latins, ce qui explique la prédominance des groupements secondaires (famille, corporation) dans l'ancien Droit. La Révolution, au contraire, a affranchi l'individu, au moins théoriquement ; mais elle l'a isolé, livré à lui-même, transformant la société en une poussière d'individualités sans lien apparent (1). Cependant les organismes élémentaires, détruits comme étant devenus inutiles ou nuisibles, avaient été nécessaires à une certaine époque. Leur suppression, bien que justifiée, risquait d'acculer la société aux conséquences regrettables de réformes mal préparées, si on ne les remplaçait par des forces sociales mieux adaptées au milieu qu'ils devaient régir. Le développement de l'individualisme, en favorisant, chez les particuliers, les compétitions ardentes des appétits égoïstes, aurait pu donner naissance à tous les tiraillements qu'est susceptible de produire une concurrence effrénée. L'Etat est alors apparu aux yeux de

(1) Lebon. — *Psychologie du socialisme*, p. 28.

tous comme la seule force suffisamment puissante pour contenir, dans de justes limites, les aspirations individuelles, et établir, au nom de l'intérêt social et de la morale, l'équilibre entre les prétentions opposées. La société s'est ainsi trouvée placée au-dessus des individus, pour réfréner les abus de droit, de quelque côté qu'ils vinssent, et prévenir les excès de l'individualisme, tout en protégeant les incapables et les faibles et assurant à chacun ses prérogatives (1).

Il faut reconnaître, d'ailleurs, qu'à mesure que la collectivité prend conscience d'elle-même, elle apprécie plus justement ses devoirs envers l'individu. Le régime du « laisser faire » a fait son temps. Il exposerait la personne humaine aux plus grands dangers, en la livrant sans défense aux coups des violents et des forts. Les peuples inclinent davantage à admettre une adaptation plus morale de la force au service du droit. Les progrès de l'individualisme peuvent ainsi être considérés comme le triomphe du droit sur la force, et l'ingérence de l'Etat dans le droit privé comme la mise à la disposition des légitimes intérêts des citoyens de la puissance publique.

Si nous nous reportons au temps de l'ancienne Rome, nous trouvons une situation analogue à celle que nous décrivons. La puissance paternelle y est illimitée et viagère ; le pater-familias exerce sur ses descendants un pouvoir analogue au Droit de propriété (2). C'est sur l'idée de force que repose la conception de la famille ; le père en tire tous les avantages, à cause

(1) Lebon. — *Loc. cit.*, p. 31.
(2) Girard. — *Loc. cit.*, p. 134.

de la plus grande somme d'énergie qu'il est à même de montrer par rapport à sa femme et à ses enfants mineurs. L'ascendant exerce de la sorte sur les membres de la domus une autorité souveraine, qui peut aller jusqu'à lui permettre de les frapper de mort. Le mariage du descendant, comme tous les actes de la vie civile ou commerciale de celui-ci, doit porter l'empreinte du contrôle paternel (1). A l'inverse, l'Etat n'exerce que de très faibles prérogatives dans la famille et c'est par une longue suite de progrès échelonnés qu'on est parvenu à donner aux enfants une autonomie relative. « L'unité d'existence et d'autorité impliquée par la patria potestas, si énergique, pouvait bien convenir à un pays pauvre, à une population respectueuse de ses traditions, dépourvue d'esprit critique et d'esprit d'entreprise. Or à Rome ces conditions avaient disparu longtemps avant la fin de la République. Aussi voit-on, dans le dernier siècle de la République et surtout sous l'Empire, la puissance paternelle perdre son ancien caractère, le droit du père être limité par la reconnaissance de ceux du fils, aussi bien quant à la personne que quant aux biens (2). »

Comment cette évolution se produisit-elle? Par la substitution de l'Etat au père de famille. En effet, le premier des pécules dont la libre disposition fut reconnue aux enfants est le pécule castrens (3), produit du butin militaire. C'est en vertu du droit public que celui-ci est recueilli, et l'Etat, qui en a donné la possession à ses soldats, leur procure les moyens de le

(1) Gaïus, II, 86, 87.
(2) Girard. — *Loc. cit.*, p. 136.
(3) Dig. 49. 17 De *castrense peculio*.

conserver et d'en user personnellement. Plus tard, le Bas Empire étendit ces dispositions, mais c'est encore à l'aide de ressources fournies par la puissance publique, que le pécule quasi-castrens fut constitué. Au contraire, les biens adventices, étrangers à cette origine, ne donnèrent lieu à un pécule que fort tard, peut-être même pas avant Justinien (1), et le titulaire n'eut sur eux que des droits atténués. Qu'est-ce à dire, sinon que l'Etat, tout en s'immisçant dans la direction de la famille et réduisant les prérogatives du père, s'efforça d'agir avèc une grande circonspection, pour éviter de heurter de front les traditions, ce qui était contraire à l'esprit Romain. Il commença par déceler sa présence par une réglementation littérale des biens qu'il fournissait lui-même aux membres de la domus.

Nous pourrions présenter, sur le pouvoir judiciaire du père, des remarques analogues à celles que nous ont suggérées les pécules. Illimité, au début, pourvu que la note censoriale ne fût pas encourue, ce pouvoir s'exerce sans frein. Mais l'avénement des idées individualistes et le sentiment que les citoyens acquièrent de leur valeur personnelle et de leur importance sociale produisent également ici une révolution. L'Etat est contraint d'intervenir, car il est à la fois la conscience sociale et la seule force capable de lutter contre l'autorité des patres. Trajan forcera donc un père brutal à émanciper son fils (Dig. 37, 12. *Si a par.* 5); Hadrien déportera l'ascendant qui, offensé par son fils, l'a tué (Dig. 48, 9. *De lege Pomp.* 5); et Ulpien déclarera (Dig. 48, 8. *Ad lege Cor.*

(1) Girard. — *Loc. cit.*, p. 139.

de Sic. 2) que si le père a des griefs contre son fils, il ne doit pas le punir, mais le déférer à la justice. Ainsi, c'est par la substitution progressive de l'influence de l'Etat à celle des particuliers et des gentes, que la personnalité des membres de la famille est devenue peu à peu une réalité.

De nos jours, un phénomène analogue se produit. La loi ancienne considérait la famille comme un tout intangible, comme la cellule primordiale de la nation. Nous avons modifié cette conception, et c'est l'intervention de l'Etat qui caractérise ce changement. La vie des membres les plus faibles de la famille légitime (enfants, femme), la protection nécessaire aux individus composant la famille naturelle ne pourraient se comprendre sans un appel fait à une puissance étrangère, assez forte pour dominer les intérêts particuliers, mais incapable soit d'entraver le libre développement des aspirations légitimes, soit d'abolir entièrement l'autorité de ceux dont il pouvait paraître juste de restreindre le pouvoir. « Il y a un point sur lequel les philosophes de la politique, même les plus opposés à l'idéalisme, commencent à être d'accord, à savoir que le meilleur moyen pour résoudre les rivalités humaines réside dans la création d'ensembles toujours plus larges et plus homogènes. L'Etat, institué pour le droit, est précisément l'organe social qui consacre, par l'organisation adéquate des relations libres, tous les ensembles dans lesquels ces rivalités se résolvent (1). »

(1) Posada. — *Théories modernes sur les origines de la famille, de la société et de l'État.* — Paris, Girard et Brière, 1904, p. 163.

On peut donc inférer de là que l'âge moderne est à la fois un âge de destruction et de création (1). Age de destruction, en ce sens que la famille, jadis considérée comme le germe de tout groupement social sérieux, tend à prendre un rôle accessoire ; âge de création, en ce que, devant la déchéance de la puissance paternelle ou maritale et les concessions faites à la parenté illégitime, l'État s'élève par sa force morale et matérielle au-dessus des individus, pour imposer à chacun le respect des droits de ses semblables, tout en lui assurant à lui-même les libertés compatibles avec celles d'autrui. Ainsi la force morale ou brutale, jadis employée au service de certains individus, contre d'autres, tend à déplacer son point d'application et ses effets. D'arme dangereuse, entre les mains d'un petit nombre, qu'elle était, elle devient un levier puissant à la disposition de la nation tout entière à qui elle permet d'une façon constante et sûre d'obtenir pour chacun de ses membres la plus équitable répartition des avantages sociaux. En présence de l'individualisme déjà vigoureux, se dresse donc l'Etat dont l'action compense ce que pourrait offrir d'excessif l'expansion individuelle.

Une interprétation peut-être hardie permettrait même de rattacher l'intervention de l'Etat dans le droit de famille à l'individualisme. Tous les domaines juridiques subissent, à l'heure actuelle, l'influence de la théorie de l'abus du droit. Il serait logique de considérer que c'est à cause d'elle que le contrôle de l'Etat s'exerce plus étendu, plus rigou-

(1) Lebon. — *Loc. cit.*, p. 231.

reux sur le groupement des parents. Le droit, en notre matière, c'est celui du père ou du mari, quelquefois la liberté individuelle, comme dans certaines questions qui concernent la parenté illégitime. L'abus en sera tout exercice intempestif ou exagéré, tout acte vexatoire commis envers les personnes avec qui les titulaires du droit se trouveront en contact. Ce sera parfois une mauvaise direction donnée à l'enfant, parfois la gestion incorrecte des intérêts de la famille. Tantôt l'abus résidera dans l'inaction (faute par omission) si le père s'abstient notamment de procurer à l'enfant l'instruction primaire, tantôt il consistera dans un fait, dans un mauvais exemple, comme dans certains cas de déchéance prévus par la loi de 1889. L'Etat interviendra même par ses magistrats pour parer à des situations qui paraîtront offrir quelque danger : c'est ainsi que le Tribunal, en cas de divorce, confiera l'enfant à celui des époux jugé le plus digne de l'élever. Il est aisé, dès lors, de se rendre compte de quelle manière ces manifestations de l'abus du droit peuvent se relier à l'individualisme. A qui reproche-t-on le plus fréquemment l'exercice abusif d'une faculté, sinon aux personnes qui, dans la famille, représentent l'intérêt collectif du groupe? Le mari, l'ascendant sont les mandataires de la famille légitime, et c'est au profit de celle-ci que, pendant des siècles, toutes les règles législatives se sont accumulées. De nos jours, au contraire, les lois statuent le plus souvent au profit de l'individu. Il est donc naturel qu'elles fassent apparaître comme abusives les prérogatives du groupe et tendent à les limiter progressivement. C'est de cette façon que nous

croyons (bien que cette assertion puisse sembler audacieuse) qu'on peut rattacher les progrès de l'ingérence de l'Etat dans la famille à l'individualisme, puisque c'est en protégeant l'individu que l'Etat manifeste son action. Nous nous trouvons donc en présence d'une double influence exercée par lui : au profit des faibles contre les puissants, pris les uns et les autres en tant qu'individualités, d'une part ; en faveur des individus contre les excès de pouvoir des collectivités, d'autre part.

Section II

Modes d'intervention de l'État

Une fois admise dans la famille, comment se traduira l'intervention de l'Etat ? Plusieurs procédés ont été employés par le législateur pour sanctionner les règles du droit privé. Tantôt il se contente de formuler des conseils purement platoniques (quelques rares dispositions de ce genre existent même en droit pénal) (1) ; tantôt il accorde aux parties lésées la faculté de recourir à la justice pour sauvegarder leurs intérêts ; tantôt il statue par voie de prohibition ; tantôt enfin il prononce soit des déchéances, soit des pénalités pécuniaires ou corporelles contre ceux qui ont enfreint les limites que la bonne ges-

(1) Loi 11 juillet 1891, art. 3, § 4, sur les fraudes dans la vente des vins.

tion des intérêts familiaux et les règles de la morale leur imposaient.

Le premier des procédés que nous venons de signaler est peu fréquent. Nous le trouvons cependant employé dans l'article 385 § 2 C. civ., prescrivant au père d'élever l'enfant selon sa fortune. Personne n'ayant qualité pour agir contre l'ascendant, il y a là, du moins en présence d'enfants légitimes de parents non divorcés, une situation anormale qui rentre dans la catégorie des conseils platoniques. Ceux-ci sont, d'ailleurs, de plus en plus dédaignés et ne peuvent guère se concevoir que dans une société restreinte et primitive, où le pouvoir de l'opinion publique est assez grand pour réfréner les appétits personnels.

Plus fréquemment, la loi ouvre un recours civil aux parties lésées contre les détenteurs d'un des pouvoirs de famille (puissance maritale ou paternelle), qui se sont rendus coupables d'un acte vexatoire vis-à-vis de ceux dont ils ont la direction. L'article 152 du Code civil, modifié par la loi du 21 juin 1907, en est un exemple. Il permet, en cas de dissentiments entre époux séparés de corps ou divorcés, sur l'opportunité d'un mariage projeté par un de leurs enfants, de faire trancher le différend par la justice.

Mais le législateur use volontiers de mesures plus énergiques. D'abord, il lui arrive d'énoncer des prohibitions dont les conséquences porteront, non sur les auteurs de l'acte incriminé, mais sur ceux qui, par leurs fonctions, devaient en prévenir l'accomplissement. Ainsi, pour les empêchements prohibitifs à mariage, l'officier de l'état civil est seul

soumis à une amende (art. 68, 157 C. civ.) s'il vient à enfreindre les prescriptions légales, tandis que les parties sont à l'abri de poursuites personnelles. D'autrefois, et c'est le système général des lois modernes, qui est purement répressif, il frappe directement les auteurs de l'acte répréhensible, soit de déchéances, soit d'une pénalité pécuniaire et corporelle, ou, en même temps, de déchéance et d'une pénalité. Il prononce une déchéance seulement, par exemple, dans les circonstances prévues par l'article 1er § 4 de la loi du 24 juillet 1889, qui impose aux juges de priver de la puissance paternelle les parents condamnés deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche; une déchéance suivie d'une pénalité, au cas, notamment, de condamnation d'un ascendant pour un seul crime ou pour deux délits commis sur un de ses enfants (§ 2 et 3 de la même loi); enfin, parfois, une pénalité seule, comme lorsque, en matière d'enseignement primaire, les parents, contrairement à la loi du 28 mars 1882, s'obstinent à ne pas envoyer leurs enfants à l'école.

La variété des modes d'intervention du pouvoir central n'empêche pas de reconnaître que c'est l'action répressive qui a la plus large part dans nos lois. Si, suivant le mot d'Ihering, l'histoire de la peine est une abolition constante, la répression ne s'en présente pas moins à nous comme gagnant en étendue ce qu'elle perd en gravité. La sévérité décroissante est compensée par la multiplicité des applications. Ce phénomène est commun à toutes les branches du droit (1). Il existe non seulement

(1) *Cours de Pandectes* de M. Chausse. — La *peine privée*. Faculté de

pour la famille, mais pour les obligations ou les relations commerciales. En s'élargissant, le droit devient moins sévère. C'est ainsi que les articles 156, 157 C. civ. punissaient de prison et d'amende les officiers de l'état civil coupables de certaines négligences dans les actes de mariage, tandis que la loi du 21 juin 1907, reproduisant à peu près les dispositions de ces textes, n'a plus maintenu contre les agents fautifs qu'une simple amende. Nous pourrions multiplier les exemples de tels faits. Nous en trouverons au cours de ce chapitre. Pour l'instant, nous nous bornerons à les signaler, afin d'en inférer la preuve de l'ingérence croissante de l'Etat dans notre droit privé, et nous aborderons tout de suite le détail des institutions, sans nous attacher à la gravité des conséquences du contrôle de l'autorité publique.

Section III

Manifestations diverses de l'intervention de l'Etat

Nous allons voir l'intervention de l'Etat se manifester soit dans les rapports entre époux, soit dans les rapports entre parents et enfants légitimes, soit dans les rapports issus de la parenté naturelle.

Montpellier, 1906, 1907 (non édité).—Citons, comme exemples : la loi du 12 mars 1900, sur les agissements des boursiers et agents d'affaires ; celles du 1er avril 1905, sur les fraudes dans les ventes de marchandises, et du 3 avril 1903 sur la traite des blanches.

§ 1er. — Rapports entre époux

Entre époux, il semble difficile, à première vue, de trouver la trace d'une intervention récente de l'Etat. Cependant, si elle n'existe pas en matière pénale, elle nous est fournie dans l'ordre des intérêts civils. Sans doute on propose actuellement de modifier, même de supprimer totalement, les peines de l'adultère (1), mais l'influence étatiste s'est traduite sur d'autres points. Il nous suffit, pour le faire constater, de rappeler certaines de nos indications antérieures sur les puissances familiales. En ce qui touche l'autorité maritale, d'abord, ce sont, non les particuliers, mais les tribunaux qui apprécient la limite que l'on peut fixer au droit du mari d'imposer un domicile à sa femme. Des auteurs voudraient voir donner à cette dernière le droit de réclamer devant le juge de paix, en dehors de toute séparation, un domicile distinct de celui de son conjoint. C'est également la justice qui pèse les griefs de divorce, notamment la gravité des brutalités ou des injures, d'après le milieu social et l'éducation des parties. L'art. 152, encore, attribue aux magistrats le soin de départager les parents divorcés ou séparés, en cas de conflit entre eux sur l'opportunité du mariage d'un de leurs enfants. Il nous serait aisé de multiplier ces citations. Mentionnons seulement une proposition qui paraît avoir obtenu déjà une certaine faveur et dont l'objet est de transformer *l'abandon de famille*

(1) Congrès de la condition et des droits de la femme, p. 325.

en délit (1). Frappés de la fréquence de la disparition du mari dans les familles modestes, certains voudraient que ces déserteurs du mariage, protégés par leur insolvabilité contre des poursuites civiles, fussent exposés à de sérieuses sanctions pénales. Ce serait une heureuse mesure, car, dans les grands centres surtout, des pères laissent souvent dans le dénuement leur famille, pour vivre eux-mêmes plus largement. Il serait toutefois assez difficile, en pratique, d'atteindre les coupables qui, avec les facilités de transport modernes, se déroberaient aisément aux recherches.

Une loi récente, du 5 décembre 1901, a ajouté un paragraphe à l'art. 357 C. pén., en s'inspirant des idées qui précèdent. Elle dispose que lorsque la justice a statué sur la garde d'un mineur, au cours d'une instance en divorce ou en séparation, ou dans les circonstances prévues par les lois du 24 juillet 1889 et 19 avril 1898, relatives à la déchéance de la puissance paternelle, celui des parents qui ne représentera pas l'enfant aux personnes qui sont en droit de le réclamer, ou qui, même sans fraude ou violence, l'enlèvera ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auquels sa garde était confiée ou des lieux où il était placé, sera puni d'une amende de 16 à 5000 francs et d'un emprisonnement de 1 mois à 1 an. L'emprisonnement pourra être élevé à 3 ans, si le coupable était déchu de la puissance paternelle. Grâce à ces dispositions, on est sûr de pouvoir faire respecter les décisions judiciaires, lors même qu'elles froissent certaines prérogatives de la

(1) Charmont. — *Bull. de la Société d'études législatives*, 1901-1902.

puissance paternelle. Nous n'essaierons pas de justifier ce texte de loi, que recommande si bien sa haute portée sociale. Nous nous bornerons à énoncer qu'il arrivait fréquemment, avant sa promulgation, qu'une personne investie d'un ordre de justice se trouvait impuissante à le faire exécuter. Une mère de famille, par exemple, privée par un jugement de divorce de la garde de sa fille, la faisait disparaître. Rien ne permettait de l'atteindre, sauf l'emploi des astreintes pécuniaires ; mais cette voie de coercition ne pouvait s'appliquer qu'à des gens possédant une certaine fortune et dans des proportions en rapport avec leur avoir (1).

En cas d'insolvabilité, d'impossibilité d'exécuter ou d'inefficacité pratique de l'astreinte, aucun remède n'existait avant 1901. C'est très logiquement que l'abus commis en pareil cas, dans l'exercice de l'autorité paternelle, est devenu une forme du délit d'enlèvement de mineur. Il y a là une marque évidente de l'ingérence de l'Etat dans les rapports de famille.

Dans un domaine voisin, le juge a le droit de statuer, au provisoire, sur la garde des enfants, dans les procès en divorce, et de conférer, en cours d'instance, un domicile séparé à la femme. Ces mesures, jadis prises seulement après examen du fond de l'affaire, peuvent l'être, maintenant, dès la tentative de conciliation. Par là s'affirme encore l'extension de l'intervention de l'autorité publique.

Une de ses manifestations les plus intéressantes

(1) Ceci explique l'énorme clause pénale prévue dans la célèbre affaire Beauffremont.

résulte de la loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage. Nous n'insisterons pas sur l'art. 11, qui, en déclarant que les dispositions de cette loi pourront être invoquées même par les femmes mariées avant sa promulgation, modifie les dispositions matrimoniales les mieux établies. Mais nous remarquerons que, bien que la femme (art. 2) jouisse de revenus personnels, le mari peut, en cas d'abus des pouvoirs à elle conférés, demander au tribunal de la faire déchoir de son droit de gestion. De plus, les époux peuvent faire procéder à des saisies-arrêts sur leurs salaires réciproques, pour le soutien des charges du ménage. La justice statue sur l'opportunité et le montant de la contribution à fournir par le défendeur (art. 7 et 8). Qu'est-ce à dire, sinon que l'autorité judiciaire, représentant le pouvoir central, a qualité pour s'immiscer dans les rapports d'intérêts entre époux, dans la répartition de leurs revenus, le mode d'emploi des ressources du ménage, pour apprécier l'aptitude de la femme à diriger ses biens. Sans doute ce contrôle a été établi en faveur de la femme, mais il est impossible de ne pas souligner au passage son origine et son caractère étatiste.

Enfin, dans le même ordre d'idées (on trouverait certainement encore d'autres exemples), la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail (art. 3, § A) accorde aux veuves des victimes une pension forfaitaire annuelle de 20 0/0 du salaire du mari, à condition que le mariage soit antérieur à l'accident, et stipule que cette indemnité est rachetable, en cas de nouveau mariage, par la remise à la veuve d'un

capital égal au triple de la rente annuelle. Quoiqu'elle soit explicable par d'autres causes, nous trouvons, dans cette prime offerte à la persistance posthume de la fidélité conjugale, une preuve du développement de l'influence de la puissance publique dans les rapports de famille.

§ 2. — Rapports entre parents et enfants légitimes

Les textes qui consacrent l'intervention de l'État sont, cependant, moins nombreux dans les questions relatives aux rapports entre époux que dans celles qui ont trait au sort des enfants. Plus que tous les autres membres de la famille, ceux-ci sont exposés à des abus d'autorité de la part de leur entourage. Tant en sa qualité de protectrice des faibles, que pour raison d'ordre public, la nation avait le devoir de les assister. Le Code de 1804 ne s'en était pas préoccupé autrement que pour renvoyer les mineurs à se pourvoir, par l'intermédiaire de représentants pris généralement dans la famille, devant un conseil de parents ou d'amis, dont les avis, trop souvent intéressés ou indifférents, étaient cependant, par la force des choses, tenus en considération par les tribunaux. Ces dispositions n'existaient même que pour les enfants orphelins et illégitimes, les descendants légitimes étant soumis au pouvoir, presque sans contre-poids, des familles. L'État a compris qu'il devait intervenir d'une façon plus efficace, pour protéger l'enfant, soit contre l'incurie de ses représentants légaux, soit même contre leur mauvaise administration.

On a d'abord réglementé le nourrissage. L'arrêté du 30 ventôse an V et le décret du 19 janvier 1811 s'étaient déjà occupés de procurer des soins aux enfants abandonnés ; mais, avant la loi du 23 décembre 1874, aucune surveillance n'était exercée sur les enfants placés en nourrice par leur famille. Les enfants abandonnés n'avaient, eux, d'autre garantie (décret de 1811) qu'une visite semestrielle des administrateurs des hospices, absolument dépourvue de sanction. Les uns et les autres voyaient donc leur sort dépendre uniquement de la bonne volonté et de la conscience des nourriciers. Aussi, fréquemment, subissaient-ils ces vexations dont V. Hugo, dans « les Misérables », nous a tracé un si poignant tableau.

Il était nécessaire de faire quelque chose pour l'enfance. La loi du 23 décembre 1874 posa en principe (art. 1er) que « tout enfant, âgé de moins de deux ans, qui est placé moyennant salaire, en nourrice, en sevrage ou en garde, hors du domicile de ses parents, devient, par ce fait, l'objet d'une surveillance de l'autorité publique, ayant pour but de protéger sa vie et sa santé. » Sans entrer dans le détail de cette réglementation, complétée par le décret du 27 janvier 1877, nous indiquerons que les nourrices et les gardes sont soumises à une vigilante surveillance et tenues à déclarer l'état civil des nourrissons et le leur propre (obligation qui leur est commune avec les parents de l'enfant) ; qu'en outre, tout ce service fonctionne grâce à un ensemble de comités et d'inspecteurs spéciaux superposés et hiérarchisés ; qu'enfin la sanction de ces règles et du mauvais entretien des enfants se trouve dans des

peines de simple police, sans préjudice d'une plus forte répression en cas de crime ou de délit. L'intérêt de ces dispositions, au point de vue auquel nous nous plaçons, réside dans la nécessité des déclarations à faire à la mairie, pour l'établissement de la surveillance administrative, et dans la sanction pénale (6 jours à 6 mois de prison, 16 à 300 francs d'amende — art. 7 loi de 1874 et art. 346 C. pén.). Ces mesures, dignes d'approbation, n'en marquent pas moins une atteinte portée à l'autorité paternelle, atteinte dont le caractère étatiste ressort des termes mêmes des textes d'où elles procèdent (art. 1er de la loi de 1874). Elle ont eu de bons résultats et rendu plus rare l'exploitation indélicate des enfants, que n'a pu entièrement empêcher, malgré tout le zèle dont il a fait preuve, le service de l'assistance publique, faute peut-être d'un personnel assez nombreux.

L'enfant grandissant, son éducation, jusque-là purement physique, doit devenir morale et intellectuelle. Aussitôt se pose le double et grave problème de l'instruction obligatoire et de la liberté d'enseignement. La question de l'instruction obligatoire a été réglée par la loi du 28 mars 1882 (art. 7) : « L'instruction primaire est obligatoire pour les enfants des deux sexes âgés de six ans révolus jusqu'à 13 ans révolus. » La méconnaissance de la loi est punie de peines de simple police (art. 12 à 14) (1). Quelles que soient les opinions que l'on professe, il est impossible de ne pas être d'accord pour placer au-dessus de toute discussion la grandeur de la

(1) Planiol. — *Loc. cit.*, t. I, p. 534. *Note.* — La plupart des pays ont admis le principe de l'instruction obligatoire : Angleterre, Suède, Norwège, Autriche, Italie, etc., etc.

Patrie et pour reconnaître que l'un des meilleurs moyens de l'assurer est de provoquer le développement moral et intellectuel de tous les citoyens. Cela n'en est pas moins, bien que dans un intérêt supérieur, une brèche au principe de la puissance paternelle. De nouvelles restrictions y seront certainement apportées, à propos de la liberté de l'enseignement. Celle-ci existe en France depuis la loi Falloux, mais il est question de l'abroger, ce que fait présager la suppression déjà votée de l'enseignement congréganiste (loi du 7 juillet 1904).

Sans vouloir faire revivre les discussions qui ont eu lieu à ce sujet, et en se maintenant sur le terrain du droit de famille, il est permis de dire que la réclamation par les parents de la faculté d'instruire leurs enfants suivant leurs propres idées (1) serait fort normale, si, sous couleur de liberté de conscience, ils ne tendaient justement pas à porter atteinte, de très bonne foi peut-être, à la liberté de leurs enfants. On peut se demander, en effet, si un père de famille a le droit, quand la grande majorité de ses concitoyens accepte l'enseignement de l'Etat, qui doit d'ailleurs être neutre, de placer, dès sa naissance, son fils dans une minorité, alors que ce dernier, livré à lui-même, aurait pu avoir d'autres sentiments et que plus tard il souffrira peut-être de la direction qui lui aura été donnée. La question est assurément fort délicate, mais il ne faut pas oublier que la puissance paternelle a été organisée moins au profit du père qu'en faveur de l'enfant et qu'il importe

(1) Discours de MM. G. Leygues, à la Chambre. J. off. *Déb. Parl.*, 1904, p. 600 ; de Marcère (1904, p. 633) ; de Lamarzelle (Sénat 1904, p. 640).

de réduire au strict minimum ses inconvénients pratiques. Or l'intérêt de l'enfant est de vivre et d'être instruit comme la majorité de ses camarades du même âge pour lutter à armes égales dans la vie. Plus tard, du reste, si ses convictions personnelles réfléchies le poussent à adopter l'opinion de la minorité, il le fera en connaissance de cause et ne pourra reprocher à personne de l'avoir lancé aveuglément dans une fraction déterminée.

Le problème, en raison même de sa gravité, mérite d'ailleurs d'être posé avec une netteté complète. Il ne s'agit pas précisément, en fait, de savoir quelle instruction sera donnée à l'enfant, mais si son éducation religieuse sera assurée et dans quel sens. C'est là un point que l'État ne peut aborder ; la liberté de pensée s'y oppose. Mais il a parfaitement le droit d'établir, dans un intérêt national, son contrôle sur l'enseignement du pays et le devoir de prohiber dans ses écoles l'instruction religieuse, tout en réservant aux familles ou aux ministres des différents cultes (1) la faculté de la donner au dehors. On trouve ainsi, en ce qui touche l'éducation de l'enfant (2), quelques idées qu'on ait sur la légitimité de cette intervention, une nouvelle ingérence de l'État dans le droit de famille.

Le jeune mineur peut être contarié dans son développement par de mauvais traitements ; on peut aussi

(1) La neutralité de l'école est admise par tous les Etats où l'enseignement obligatoire existe. V. Planiol, *loc. cit.*, p. 534.

(2) Notons, en terminant, que les projets de loi ont été déposés soit pour empêcher les parents de « boycotter » certains enseignements, soit pour accorder des garanties aux pères de famille sur la nature des enseignements professés.

vouloir le soumettre, avant l'âge voulu, à des exercices dangereux ou lui imposer une profession qu'il ne doit pas aborder. Ce n'est pas seulement lorsqu'il est victime de sévices que le pouvoir central intervient ; c'est aussi lorsqu'on veut l'assujettir à certains travaux. La loi du 7 décembre 1874 vise à la fois les enfants employés dans les professions ambulantes et ceux qui se livrent à la mendicité.

Comprenant l'intérêt national qu'il y a à protéger ces jeunes êtres contre les entreprises de forains peu scrupuleux ou de parents indignes, le législateur a édicté contre les uns et les autres des mesures sévères. Tout individu qui fait exécuter des exercices périlleux ou de dislocation à des enfants de moins de 16 ans, tout père, toute mère, pratiquant une profession ambulante, qui emploie des mineurs de 12 ans, les tiers qui occupent dans des conditions semblables des mineurs de 16 ans, tout père, toute mère qui livre à un forain ou à un ambulant un enfant mineur de 16 ans pour le faire travailler, les intermédiaires et le forain sont passibles de 6 mois à 2 ans de prison et de 16 à 200 francs d'amende. Il en est de même lorsque, au lieu d'être employé dans une profession ambulante, l'enfant est exercé à la mendicité habituelle.

Cependant la prérogative la plus remarquable, en cette matière, de la puissance publique est le droit de prononcer la déchéance de l'autorité paternelle. C'est son mode d'intervention le plus fréquent, lorsque l'ascendant met ou peut mettre en danger la moralité ou les intérêts de l'enfant, soit par un acte, soit par une abstention (s'il néglige, par exemple, de s'en occuper).

Les règles de la déchéance de la puissance paternelle ont été élaborées avec une rare prudence. Cette mesure fut primitivement inconnue à Rome. La seule voie pour sortir de la domus, du vivant du pater, était l'émancipation, qui perdit bientôt son caractère de peine, puisque Trajan forçait déjà un père à émanciper le fils qu'il avait maltraité (1). Dans l'ancien droit, on éprouva le besoin de protéger l'enfant. Lorsque les ascendants abusaient de leur autorité ou ne remplissaient pas les obligations qui leur étaient imposées, la magistrature intervenait comme pouvoir modérateur et de haute surveillance (2). Le Code civil, à son tour, régla la puissance paternelle et délimita, sur ce point, les pouvoirs du ministère public et des tribunaux. La déchéance ne put être prononcée que dans les cas d'attentats aux mœurs prévus par l'art. 335 C. pén. La déchéance pour d'autres motifs avait été discutée au Conseil d'État, mais n'avait pas été admise. Aussi, pendant de longues années, considéra-t-on le principe de la puissance paternelle comme inviolable. Les tribunaux ne prononçaient la déchéance que dans les limites de l'art. 335 du Code pénal. S'ils prenaient parfois des mesures partielles de protection en faveur de l'enfant, ils n'osaient pas toucher aux droits reconnus aux ascendants par le Code. C'est la loi du 7 décembre 1874 qui, la première, a étendu les cas de déchéance, encore les a-t-elle laissés facultatifs.

Plus énergique, la loi du 24 juillet 1889 a créé tout un système, qu'a complété la loi du 19 avril

(1) Dig. 37, 92. *Si a par. quis.*
(2) Bernard. — *Loc. cit.*, p. 208.

1898. Il y a deux sortes de déchéances de la puissance paternelle : l'une obligatoire, résultant d'une première condamnation pour crime ou d'une deuxième pour délit, soit commis sur la personne de l'enfant ou en participation avec lui, soit d'excitation habituelle de mineurs à la débauche ; l'autre facultative, laissée à l'appréciation de la justice et consécutive à une première condamnation pour un crime autre que ceux prévus par les art. 86 à 101 C. pén., ou à une condamnation pour excitation habituelle de mineurs à la débauche, ou à une seconde condamnation pour séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants, ou à une condamnation prononcée par application de la loi du 23 janvier 1873, art. 2 § 2, ou des articles 1, 2, 3 de la loi du 7 décembre 1874. La déchéance est encore facultative, d'après la loi de 1889, vis-à-vis des père et mère dont les enfants ont été conduits dans une maison de correction, en vertu de l'art. 66 du Code pénal, et, en dehors même de toute condamnation, à l'égard des parents qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants. Lorsqu'il n'y aura pas eu de condamnation pénale préalable, la juridiction saisie pour provoquer la déchéance sera, non la juridiction de répression, mais le tribunal civil du domicile ou de la résidence de la personne que l'on voudra frapper. C'est là un très remarquable exemple du contrôle exercé par l'État sur la famille, puisque, lors même qu'il n'y ait pas un acte direct de vexation au regard de l'enfant, l'ascendant peut être privé de ses droits, pour s'être montré simplement négligent ou indi-

gne. Il suffit qu'il soit justifié au tribunal des dangers courus par l'enfant et de la nécessité de les écarter.

La loi du 24 juillet 1889, avons-nous dit, a été complétée par celle du 19 avril 1898. Celle-ci permet aux juges d'instruction d'abord, aux tribunaux ensuite, de statuer sur la garde des enfants, en cas de crimes et délits commis par ou contre eux. Le ministère public a le droit de faire opposition à cette mesure, au même titre que les parents les plus proches de l'enfant. Mais le grand mérite de la loi de 1898 est d'avoir permis aux magistrats de modérer, dans la mesure nécessaire, la rigidité des dispositions antérieures. Jusque-là tous les droits résultant de la puissance paternelle tombaient avec elle : domicile légal, droit de correction, de jouissance, d'administration et de tutelle légale, pour ne citer que les principaux. Le juge devait ou prononcer la déchéance absolue contre des ascendants coupables, même de faits bénins, ou les absoudre. La loi était formelle et la jurisprudence ne se croyait pas autorisée à l'enfreindre (1) (Toulouse, 3 juillet 1890. S. 1891. 2. 17). La nouvelle législation, celle de 1898, est venue leur donner ce pouvoir ; elle a judicieusement décidé qu'en cas de blessures ou de mauvais traitements, d'abandon en un lieu solitaire, de remise de l'enfant à des vagabonds ou saltimbanques, la déchéance peut n'être que partielle ; cela, tant en ce qui touche les droits dont les parents sont privés, qu'en ce qui concerne les descendants sur lesquels la puissance ne doit plus porter, la déchéance

(1) Charmont. — *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 192.

n'étant établie que par rapport aux enfants nominativement désignés par le Tribunal. Bien que très juste, la nouvelle loi ne s'applique qu'à certaines hypothèses. Pour les autres, les règles antérieures sont encore en vigueur et les tribunaux admettent pour elles le système du tout ou rien (Seine, 19 avril 1901, D. P. 1901, 2, 412) (1). M. Steeg a proposé à la Chambre, en 1905, d'étendre à tous les cas de déchéance les dispositions de la loi de 1898. C'est là une initiative que l'on ne peut qu'approuver (2).

A la déchéance de la puissance paternelle se rattachent les dispositions de l'art. 1er de la loi du 11 avril 1908 sur la prostitution des mineurs. Cette loi stipule que le tribunal civil, en chambre du conseil, décidera, à la requête des personnes ayant autorité sur l'enfant (art. 11 et 12) ou du ministère public, si la jeune prostituée sera remise à ses parents ou à une administration charitable. Seul le droit de garde est enlevé dans ce dernier cas aux ascendants, qui peuvent réclamer eux-mêmes l'application de cette mesure, bien qu'en général on doive la prendre contre eux. Elle est proportionnée à la responsabilité encourue par les parents qui, d'ordinaire, ont seulement péché par négligence et défaut de surveillance. La même loi de 1908, se référant à l'art. 357 C. pén., frappe des peines de l'enlèvement de mineurs les parents qui s'opposeraient, en faisant

(1) L'aliéné, d'après cette décision, quoique irresponsable au point de vue pénal, n'en est pas moins soumis à l'application de la loi du 24 juillet 1889 et il doit être déchu de la puissance paternelle, s'il a exercé sur ses enfants de mauvais traitements de nature à compromettre leur sécurité. L'esprit de la loi de 1889, dit-on, a été de protéger l'enfance.

(2) J. off. *Doc. parl. Chambre*, 16 décembre 1905, annexe 5874.

disparaître l'enfant, à l'exécution de décisions de justice rendues en vertu de son article 1er. La déchéance, enfin, n'est pas définitive et peut être rapportée par le tribunal, si l'état moral de l'enfant s'améliore.

Le caractère étatiste de toutes les déchéances ressort du droit qu'ont les tribunaux, non seulement de les prononcer, mais de décider, en outre, si l'enfant sera remis à sa famille, à une œuvre privée ou à l'assistance publique. Même dans le cas où la remise de l'enfant à des membres de sa famille est prévue (loi de 1908, art. 1er), elle n'est mentionnée qu'à titre facultatif et paraît considérée comme une mesure très subsidiaire par la législation.

Nous avons eu l'occasion d'indiquer que l'art. 302 C. civ., qui confie les enfants à l'époux qui a obtenu le divorce, ne pouvant être appliqué après un divorce prononcé aux torts réciproques des conjoints, les tribunaux sont souverains pour statuer sur ce droit de garde, d'après l'intérêt de l'enfant, et peuvent le placer chez des parents ou dans un pensionnat, même en l'absence de conclusions spéciales des parties (1) (Ch. civ., 7 mai 1900, D. P. 1901, 1, 452 ; Req. 31 mars 1908, D. P. 08, 1, 277 ; Civ. 19 juillet 1904, D. P. 06, 1, 399). C'est aussi le Tribunal qui départage les époux divorcés dont aucun n'a obtenu à la fois le divorce à son profit et la garde des enfants, sur l'opportunité du mariage de ces derniers. La loi du 24 juillet 1889 a même décidé que l'administration de l'assistance publique pouvait, pour les forcer à donner leur consentement, citer en chambre

(1) Supra, page 110.

du conseil les parents de ses pupilles, ayant conservé, quoique déchus, le droit d'autoriser le mariage de leurs descendants.

Rappelons, enfin, que des lois diverses restreignent le droit des parents de placer leurs enfants en apprentissage ou de leur faire exercer certaines profession. La loi du 7 décembre 1874 interdit l'exercice des professions ambulantes, avant 16 ans, en compagnie d'étrangers et, avant 12 ans, en compagnie des parents. De même, la loi du 2 novembre 1892 fixe à 13 ans le minimum d'âge permettant aux mineurs l'accès de l'industrie. Certains emplois ne peuvent être abordés qu'à 16 et 18 ans (loi du 30 mars 1900 et décrets y afférents). C'est ainsi que le droit des ascendants de donner une position à leurs enfants est limité par la puissance publique aux capacités physiques ou morales de ceux-ci.

La tutelle offre encore des cas significatifs d'immixtion du pouvoir central dans l'exercice de l'autorité paternelle. Ce n'est pas que le Code ait été sensiblement modifié à cet égard ; mais les projets en cours, l'exemple des législations étrangères et les progrès accomplis, en ce qui touche les enfants naturels, permettent d'entrevoir des modifications prochaines, en même temps que seront réformées l'administration et la jouissance légales. Peut-être cette dernière disparaîtra-t-elle ; mais, très certainement, on transformera l'administration légale en tutelle, tandis que celle-ci deviendra une tutelle d'État (1) rattachée probablement à l'autorité judiciaire et différente de celle qui existe aujourd'hui, dont

(1) Gastambide. — *Loc. cit.*, p. 325.

le défaut capital est l'indifférence des personnes chargées d'en assurer le fonctionnement, spécialement des conseils de famille. C'est une évolution dont le droit allemand a atteint le terme et dont l'utilité est évidente. L'inaction et l'insuffisance des conseils de famille sont si universellement reconnues que la loi du 24 juillet 1889, art. 4, permet aux tribunaux de ne prendre que facultativement leur avis pour prononcer la déchéance de l'autorité paternelle, ce qui est une preuve de la décadence de la tutelle familiale et fait pressentir le succès prochain de la tutelle d'État.

L'intervention de la puissance publique dans la famille n'est pas admise sans quelques appréhensions. On se demande qui défendra la famille contre l'État, lorsque l'enfant sera protégé par l'État contre la famille. Mais si l'État intervient, c'est justement que la vie de la famille n'est plus entière, que chacun des parents n'a pas su conserver son véritable rôle. Le droit de famille finit là où celui de chacun de ses membres commence. Dès que l'enfant est lésé, le droit de la famille disparaît, l'intervention de l'État est légitimée. Celle-ci, d'ailleurs, s'exercera largement. Déjà un usage rendu légal par la loi du 24 juillet 1889 (1) permet aux agents de l'assistance publique d'autoriser le mariage de leurs pupilles, malgré l'opposition des parents, en tout cas sans recourir aux conseils de famille.

Nous aurions clos la série des exemples que nous voulions fournir, du contrôle, sans cesse croissant, de l'État sur la famille, si trois autres ne nous sem-

(1) V. Planiol. — *Loc. cit.*, t. I, p. 265.

blaient mériter d'être cités, en raison de leur importance pratique.

Le premier est tiré de l'art. 57 C. civ., modifié par la loi du 30 novembre 1906. Ce texte dispose qu'il ne peut être délivré, si ce n'est aux services publics, à l'enfant, à son représentant légal ou à ses plus proches parents, copie des actes de naissance qu'avec l'autorisation du juge de paix, sauf recours au président du Tribunal civil. On peut se demander s'il n'y a pas là un abus du contrôle de l'État, dans les questions d'ordre purement privé et à propos desquelles les parties devraient être considérées comme suffisamment aptes à sauvegarder, par un consentement ou un refus, leurs propres intérêts.

Le second exemple que nous désirons signaler a trait à la parenté. De tous temps la parenté avait été considérée comme une circonstance aggravante de certaines infractions pénales (art. 302, 312, 333 C. pén.). La loi du 3 avril 1903, sur la traité des blanches, étendant la portée des art. 334 et 335 C. pén., a fait aussi, en cette matière spéciale, de la qualité de parent une circonstance aggravante, mais il faut que la parenté résulte d'une preuve régulière, suivant les règles du droit civil. L'auteur d'un parricide, par exemple, qui n'aurait pas été précédemment enfant reconnu de sa victime, bien qu'ayant eu toute sa vie l'état de fils, resterait assassin ou meurtrier simple, bénéficiant du caractère occulte de sa filiation (1). Logique avec notre système restrictif de

(1) Solution contestée par de nombreux auteurs : Blanche, t. IV, p. 560, qui voudrait, dans l'hypothèse de l'art. 299 C. pén., qu'on se contentât de la possession d'état ; conf. Carnot, sous l'art. 299, n° 12.— Morin, *Répertoire de droit criminel*, v° Parricide, n° 8.— Contrà : Nypels, t. II, p. 280,

preuves de la paternité, cette solution ne le serait plus et devrait évidemment se modifier, pour se mettre en harmonie avec le nouvel état de choses, le jour où la liberté des preuves de la filiation serait consacrée en principe et seulement limitée à la nécessité d'éviter les chantages ou les usurpations, trop faciles, d'état civil.

Le troisième exemple, enfin, qui nous paraît digne d'attention, nous le trouvons dans les projets de réforme du droit successoral. Plus qu'ailleurs, le rôle de l'Etat a, là, une raison de s'étendre, puisque c'est à son profit que la diminution du nombre des successibles se produirait. On réclame actuellement, sinon la suppression du droit d'héritage, du moins l'abaissement de sa limite extrême du douzième au sixième degré (1). Cette réforme, déjà réalisée en Espagne, correspondrait, assure-t-on, mieux que la situation actuelle, aux désirs présumés du défunt. En réalité, elle tendrait surtout à augmenter les ressources du budget national, qui, en face des besoins croissants du pays, deviennent de plus en plus insuffisantes. Nous ne pensons pas, néanmoins, que l'application de ces idées ait le résultat qu'on en attend. « La statistique prouve, dit M. Planiol, que c'est un vain espoir ; les successions qui tombent en déshérence sont rares et, en général, ne valent pas grand'chose. Limitez le droit successoral et vous développerez, non les ressources de l'Etat, mais

sous l'art. 395, n° 5. — Pas de jurisprudence sur ce point, d'après Dalloz, Rép. Suppl. v° *crimes et délits*, n° 56. Cela s'explique, car, dans le parricide, le rapport de filiation est un élément constitutif, sur lequel le jury a le droit de se prononcer (Cass. 16 janvier 1879. Bull. crim. n° 22).

(1) J. off. *Chambre*, 1891, annexe n° 271 ; 1892, p. 994 ; 2 juillet 1906, proposition Maujan.

l'usage du testament (1). » Les particuliers consentent assez rarement à laisser leurs biens à la Nation. Souvent, à défaut de parents, ils gratifient une administration publique ou fondent une œuvre utile déterminée ; mais peu nombreux sont ceux qui enrichissent le pays, sans lui imposer des conditions. Aussi est-il à croire que les personnes isolées, sans famille directe, feront, à défaut de parents au sixième degré, ce qu'elles font aujourd'hui à défaut de successible au douzième ; elles disposeront en bonne forme de leur succession. L'Etat n'héritera presque jamais. Il est impossible, toutefois, de ne pas voir, dans la réduction projetée du nombre des degrés successibles, une nouvelle pénétration de sa part dans la famille. Cette main-mise de la puissance publique sur les biens des individus paraît être ici en opposition avec les tendances individualistes, dont nous avons, partout ailleurs, constaté les progrès.

§ 3. — Rapports issus de la parenté naturelle

Les exemples que nous venons de donner font ressortir nettement l'immixtion de l'État dans la famille légitime. Son intervention n'est pas moins certaine au sein de la famille naturelle. Ici surtout, les liens de parenté étant fragiles, la femme et l'enfant ont besoin d'une protection constante et efficace.

La tutelle et l'administration légale qui concernent les enfants naturels reconnus obéissent, tout particulièrement, à une véritable organisation étatiste.

(1) Planiol. — *Loc. cit.*, t. III, p. 348.

Les parents de ces enfants ont bien reçu de la loi du 2 juillet 1907, à l'exemple des parents légitimes, la jouissance légale, qui ne leur appartenait pas antérieurement, mais leur administration a été transformée en tutelle, avec subrogé tuteur et conseil. Fait à retenir, ce conseil, substitué au conseil de famille des enfants légitimes, est représenté par le tribunal de première instance du domicile du tuteur. C'est une innovation importante, imitée de la haute tutelle d'État allemande. Elle accentue la séparation qui, lentement, s'établit entre les droits de l'individu et ceux du groupement auquel il appartient, en même temps qu'elle accuse l'extension du rôle de l'État dans la famille. On a considéré qu'il était opportun, les enfants naturels n'ayant légalement d'autres parents que les père et mère qui les ont reconnus, de cesser de s'en remettre à un conseil composé d'étrangers, et d'attribuer à des magistrats les fonctions dévolues à ce conseil. Ce procédé trouve un précédent dans la législation antérieure au Code de 1804, puisque la loi du 15 pluviôse an XIII plaçait les enfants abandonnés sous la tutelle des commissions administratives des hospices, dont le conseil d'administration fonctionnait comme conseil de famille.

Ce que nous venons d'exposer n'a trait qu'aux enfants naturels légalement reconnus. Les enfants naturels non reconnus manquent encore d'une protection suffisante. Quand ils sont élevés par leurs parents, ils n'ont d'autre garantie, contre les excès ou l'inconduite de ceux-ci, qu'une remise éventuelle à l'assistance publique ou à un établissement privé régulièrement autorisé, mais seulement consécutive

à un délit ou à un fait de prostitution commis par eux-mêmes (loi du 11 avril 1908). Le père et la mère naturels qui n'ont pas reconnu leurs enfants gardent fatalement, sinon en droit, du moins en fait, sur ces derniers, certaines prérogatives. S'ils en abusent, il n'existe aucun recours légal organisé en faveur des enfants. C'est une situation fâcheuse, à laquelle il conviendrait de trouver un remède.

La protection étatiste des enfants naturels reconnus a rencontré peu d'adversaires. C'est qu'en somme il s'agit là, non de leur conférer des prérogatives nouvelles, mais d'organiser celles dont ils disposaient déjà. L'idée de famille n'intervient presque pas ; il n'est en rien question d'empiéter sur les droits de la parenté légitime. Personne n'a lieu de s'émouvoir.

Il pourrait encore y avoir place pour l'intervention de l'État, à propos d'une question voisine de celle des enfants naturels, le problème de la séduction et de l'art. 340 C. civ. Malgré les nombreux projets auxquels ce problème a donné lieu, il n'a pas reçu la solution législative attendue. Mais, avec une persistance qui ne permet pas d'escompter de sa part un revirement, la jurisprudence a décidé que, tandis que la filiation légitime résulte de la présomption « pater is est », la parenté naturelle découle, soit d'une reconnaissance volontaire, soit de recherches judiciaires que l'on s'efforce de faciliter. Dans ce dernier cas, tous les effets d'une reconnaissance de paternité sont obtenus : l'État intervient par sa justice, pour imposer aux ascendants la responsabilité à laquelle ils auraient voulu se soustraire. De même, dans la séduction, des liens de

famille ne s'établissent pas de plein droit entre la fille séduite et son séducteur, mais elle a avec lui des rapports voisins de l'alliance et la jurisprudence, non seulement les sanctionne, mais déclare leur caractère moral ou non. Elle apprécie, de la sorte, le fond qu'il y a lieu de faire sur la conduite de la demanderesse et, en même temps, les conséquences pécuniaires qui peuvent en résulter pour le séducteur (1). Nous trouvons là, une fois de plus, la main de l'État, intervenant pour assurer le respect des droits de l'individu.

L'ingérence de la puissance publique dans les rapports de famille est suspecte à beaucoup de gens. Les uns reprochent d'une façon générale à l'État son autoritarisme et sa fiscalité ; d'autres objectent qu'il gère mal ses revenus, qu'il veille insuffisamment aux biens dont il dispose, qu'on étend démesurément les intérêts dont il doit s'occuper. Il est certain, en effet, que l'utilité de monopoles comme ceux des tabacs et des allumettes peut être contestée. Mais les vues qu'on cherche à réaliser dans ces domaines dépendent, souvent, plus d'appréciations personnelles, auxquelles les considérations budgétaires ou politiques ne sont pas étrangères, que de l'observation même des faits. Néanmoins, dans le droit de famille, il paraît impossible de supprimer le contrôle de l'État.

Nous n'avons pas de nos jours la même conception qu'autrefois de la société. Si nous respectons des institutions anciennes, c'est parce que nous en apprécions le mérite, non parce qu'elles ont affronté

(1) Conf. ch. III.

l'assaut du temps. Les mœurs, les lois, les divers modes d'organisation sociale se modifient avec les époques et les milieux. La vie de famille, si transformée depuis un siècle par les progrès économiques, ne pouvait se maintenir telle que l'ancien régime l'avait conçue. L'individualisme, qui tend à la consécration des droits de chacun, s'y est largement développé. Or, comme il aurait eu pour effet d'affaiblir l'individu, en l'isolant, le besoin s'est fait sentir d'une protection pour ce dernier (1). Seul l'État pouvait la lui procurer d'une manière efficace, étant en situation de dicter à tous une règle commune équitable. C'est pourquoi il est intervenu dans la famille, sans crainte d'empiéter sur les prérogatives des parents. Peut-être étendra-t-il encore son action au delà des limites qu'il s'est déjà tracées. Il est, en tout cas, trop tôt pour préjuger du degré d'efficacité de son intervention. Les modifications apportées à ce point de vue au droit de famille sont récentes. Tout porte à croire qu'elles auront d'utiles conséquences, qu'elles permettront spécialement à bien des personnes d'atteindre, dans la vie, la place à laquelle il leur est légitimement permis d'aspirer. Pousser en ce moment plus loin les conjectures serait prématuré. Aussi la seule conclusion que nous voulions donner à ce chapitre est la constatation d'une certaine autorité exercée par l'État dans la famille et de la probabilité de son extension croissante, parallèlement aux progrès que l'individualisme est appelé à y accomplir.

(1) « Il faut que la société favorise le développement de l'individu ; il faut que la société bénéficie de la restriction des libertés individuelles, et voilà pourquoi le partisan de l'évolution veut tour à tour étendre et resteindre la liberté individuelle. » (Ellen-Key, *loc. cit.*, p. 181.)

CONCLUSION

Nous sommes arrivé à la fin de notre étude. Nous avons établi que le droit de famille, favorisé par les mœurs et les conditions économiques ou sociales de notre temps, se développe de plus en plus dans le sens de l'individualisme et subit simultanément, comme contre-poids à une extrême extension de ce dernier, l'ingérence progressive de l'Etat. A l'encontre de ceux qui réclament l'autonomie de la famille et l'omnipotence (1) du père ou du mari, se lèvent de jeunes générations pour qui l'idéal social n'est plus l'antique principe d'autorité, mais la reconnaissance des droits inhérents à la personne humaine. Pour faire prévaloir l'équité, elles iront, s'il le faut, jusqu'à opposer le droit individuel de l'enfant à celui du père, celui de la femme aux prétentions exagérées du mari, celui de la parenté naturelle à l'égoïsme de la famille légitime. Le maintien des traditions du passé ne leur paraît plus

(1) Cl. Janet. — *Le Code civil et les réformes indispensables à la liberté des familles*, p. 44.

aussi nécessaire qu'aux générations précédentes. L'individualisme, contenu par la puissance publique dans ce qu'il pourrait avoir d'excessif, s'accentue sans cesse. Il correspond aux aspirations du moment. Le mérite qu'ont eu, à leur heure, les anciennes institutions ne doit pas faire méconnaître le bien qui peut résulter des innovations journellement introduites.

Toutes les époques ont connu les organismes juridiques les plus divers, parfois les plus étranges. Ils répondaient alors pour elles à un besoin. Le temps s'est écoulé, l'intérêt des règles primitivement tracées a cessé d'exister, leur raison d'être a disparu au cours des siècles. De la transformation des mœurs est née toute une évolution dans l'histoire des institutions sociales. Celles qui n'ont plus été en conformité avec la nouvelle manière de comprendre et d'envisager les choses de la vie ont dû s'effacer et faire place à d'autres, à moins que, par ailleurs, quelque raison particulière ne les ait fait maintenir ; encore ont-elles dû alors se modifier, pour s'adapter au nouveau milieu. C'est ce qui s'est produit pour la famille.

Dans l'ancien droit, la famille, fondée sur le principe d'autorité, protégée par des lois restrictives à l'excès du droit individuel, solidement groupée dans la main du père, représente une force sociale avec laquelle l'État doit compter et sur laquelle il s'appuie. Elle doit, étant donné son rôle dans la vie nationale, être défendue par des lois sévères contre toute pénétration étrangère. La puissance paternelle, reflet de la puissance publique, est fortifiée de toute l'indépendance dont ses membres se trouvent privés. Mais, peu à peu, l'individu est apparu comme ayant

une fin propre, en dehors de celle de la collectivité primaire, la famille, à laquelle il appartient. Des modifications à la législation qui existait se sont imposées. Les mœurs, en se transformant sous l'influence des écrits des philosophes ou des littérateurs et d'une nouvelle organisation politique, ont entraîné ces changements.

Ceux-ci sont dus encore à la situation économique, qui n'a jamais été aussi favorable qu'aujourd'hui aux progrès de l'individualisme. L'enfant parvient plus rapidement que jadis à vivre de ses propres ressources. La femme, à qui les perfectionnements du machinisme ont permis d'accéder à bien des positions réservées autrefois aux hommes, est plus recherchée qu'eux, parce qu'elle se contente d'un moindre salaire. L'un et l'autre, plus développés que dans le passé, ont moins besoin d'appui. Dans le temps, au sein des classes prolétariennes, le père frustrait souvent l'enfant de son gain, sous prétexte de pourvoir à son entretien. Fréquemment aussi, la femme, qui met une certaine coquetterie à ne pas rester vieille fille, ne trouvait dans le mariage que charges, préoccupations, assujettissement. Pour prévenir désormais de tels résultats, les lois et la jurisprudence avaient à s'inspirer d'une tout autre conception de la famille (1). Leurs efforts ont tendu vers ce but.

Un autre point est de nature à tenter la sollicitude de la loi. La proportion des enfants naturels, par

(1) « Partout où l'homme a dégradé la femme, il s'est dégradé lui-même ; partout où il a méconnu les droits de la femme, il a perdu lui-même ses propres droits. » (Gide, *Condition privée de la femme*, p. 7.)

rapport au nombre des enfants légitimes, croît sans cesse ; plus des huit dixièmes ne sont pas reconnus par leur père. La nation se doit à elle-même de leur venir en aide, de les rattacher à leurs auteurs. Ce faisant, elle cèdera en même temps à une nécessité sociale, celle de réduire au minimum les causes de diminution de la population ou de la moralité.

De toute part on marche donc, en matière de droit de famille, vers la protection de l'individu, c'est-à-dire vers l'individualisme. On ne saurait sans injustice maintenir contre ce dernier toutes les critiques que ses adversaires, depuis MM. Brunetière et Bourget jusqu'au collectivisme, lui ont prodiguées. Il est inexact que l'individu ne soit qu'un produit et une résultante du milieu. Les groupes sociaux, n'ayant d'autre raison d'être que de permettre à chacun de réaliser ce qu'il peut et doit devenir, sont des moyens et non des causes. Il est tout aussi erroné de dire que l'individualisme est néfaste aux sociétés. Le véritable individualisme n'est pas le détachement du milieu, l'isolement, qui est effectivement une source de faiblesse pour l'homme. Ce n'est pas, non plus, le particularisme anarchique, qui veut s'affranchir de toute loi, ni le droit de satisfaire librement toutes ses passions, ni même l'égoïsme, contraire à l'épanouissement de la personnalité. Le véritable individualisme ne pousse pas à abdiquer aveuglément les vieilles formules, à renoncer sans raison aux conceptions sur lesquelles ont vécu nos ancêtres (État, famille), mais à les adapter au genre de vie actuel. En les accommodant aux nécessités présentes, il en fait de puissants moyens d'action, grâce auxquels l'humanité poursuit sa route vers le

progrès général et indéfini. La vie est un perpétuel recommencement, mais aussi une perpétuelle adaptation. C'est ce qui justifie, de nos jours, l'individualisme. « Il est nécessaire aux sociétés, car elles ne peuvent vivre que si elles sont fondées sur les droits de la personne humaine. Sans individualisme, il ne peut y avoir ni respect, ni tolérance réciproque, ni progrès ; il ne peut pas même y avoir de collectivité une et forte ; car il n'y a pas d'unité sans union vraie et il ne peut y avoir d'union vraie qu'entre personnes libres (1). »

Cette dernière considération explique comment le rôle de l'Etat dans la famille se rattache à l'individualisme. L'Etat est le lien qui réunit les membres épars du groupement familial, en même temps qu'il est le protecteur qui prévient entre eux les abus d'autorité, les usurpations, les froissements, que le contact permanent de personnes de force et d'aptitudes différentes ne pourrait manquer de produire. Ainsi la famille est liée à l'Etat d'une façon aussi intime que précédemment, mais d'une tout autre manière. Son organisation actuelle ne paraît troublée que parce qu'elle est transitoire. L'équilibre antérieur entre les individus, la famille et l'Etat s'étant rompu, force a été de modifier la situation respective de ces éléments et c'est au milieu des difficultés inhérentes à cette évolution que nous nous trouvons. En réalité nous rencontrons dans le mouvement qui s'accomplit la nette juxtaposition de deux tendances : d'une part, la famille subit les effets de l'individualisme, elle doit faire face aux

(1) Revue « *Foi et Vie* », 1908, p. 374.

exigences de celui-ci au risque de voir son rôle s'affaiblir ; d'autre part, l'Etat s'immisce dans les attributions de la famille et des individus qui la composent, borne leur indépendance, limite leur champ d'action, en vue de l'intérêt social, intervient dans les rapports de parents. Il n'en est pas moins vrai que ces tendances participent au même mouvement évolutif. Sans doute nous avons dû les examiner séparément, mais l'exposé, forcément sommaire, vu le cadre restreint de notre travail, que nous avons fait des transformations des diverses parties du droit de famille, suffit à montrer à la fois la réalité de ces tendances et leur unité de direction.

La famille, en effet, n'est pas nécessairement condamnée à disparaître ou à se reconstituer sur ses anciennes bases. Elle se transforme, mais sera demain aussi vivante qu'hier. Elle se sera simplement modifiée, par suite du nouveau caractère qu'auront pris respectivement, vis-à-vis d'elle, ses propres membres et l'État (1). Au lieu d'être une puissance minuscule, mais tyrannique, elle deviendra un centre de réconfort, un appui pour les divers parents. Ceux-ci viendront à elle, non pour présenter des hommages craintifs à un ancêtre redouté (2), mais pour y trouver une protection morale et s'y donner réciproquement un secours désintéressé. Son élargissement en ce sens lui ôtera

(1) La tendance au maintien du régime familial et de la protection due au groupement ressort de la loi du 30 novembre 1894 et de celle du 12 avril 1906, sur les habitations à bon marché, ainsi que de divers projets (projet Lemire, p. ex. voté à la Chambre le 13 avril 1906) favorables à la constitution d'un bien de famille.

(2) V. Bernard, *loc. cit.*, p. 276.

son apparence de caste fermée, bien que, par ailleurs, elle se limite aux très proches parents. D'un autre côté, on attachera moins d'importance aux rapports de famille qu'à ceux de parenté ; les parents naturels pourront jouir d'un rang préférable à celui qui leur est réservé aujourd'hui. Quant à l'État, son rôle, loin de se réduire, s'étendra encore, à mesure que se développera plus largement l'individualisme. Ce ne sont là que des probabilités, mais des probabilités dont l'allure générale de notre législation permet de prévoir la réalisation.

Nous aurions pu, au cours de notre étude, citer, plus que nous ne l'avons fait, des exemples empruntés aux peuples étrangers. Si nous nous en sommes abstenu, c'est qu'en général les questions dont nous avons parlé tiennent au développement social des peuples et que leur solution varie avec l'état des mœurs et de la civilisation de chacun d'eux, ou encore avec le génie de sa race. Les déductions tirées du droit comparé auraient souvent risqué de nous faire commettre des erreurs.

Disons en terminant que, dans la famille, les textes ou la jurisprudence ne doivent intervenir qu'à titre purement subsidiaire. Quand les parents sont unis, quand ils ont le sentiment de leur devoir, les règles relatives aux diverses puissances familiales, les dispositions concernant les enfants naturels deviennent inutiles et représentent un minimum d'exigences très inférieur au concours réel que sont disposés à se prêter spontanément les parents. Mais le législateur n'a précisément pas en vue les familles où règne un large esprit de support mutuel, d'affection et de concorde. S'il est intervenu, c'est en con-

sidération de celles où la paix est troublée par des dissentiments intérieurs, où la moralité est blessée, où le père, le mari font abus des pouvoirs qui, moins pour eux que dans l'intérêt des membres du groupe, ont été placés en leurs mains. Il a voulu soutenir les faibles, permettre à tous le libre jeu de leurs facultés normales, assurer à chacun la plénitude de ses droits. Le divorce n'est qu'un mot pour les bons ménages ; l'enfant naturel une fiction pour les gens moraux ; l'autocratie du père ou du mari n'a aucune réalité dans les milieux où l'on s'aime. La loi a donc sagement gardé la mesure voulue, en s'en remettant aux inspirations de leur conscience, pour ceux qui sont dignes de se laisser guider par elle, et en imposant ses prescriptions strictes à ceux qui abusent de leur autorité ou que leur infériorité morale n'est pas capable de maintenir dans le devoir.

Vu : le Président de la thèse.
Montpellier, le 19 décembre 1908.
MARGAT.

Montpellier, le 21 décembre 1908.
Vu : Le Doyen,
VIGIÉ.

Vu et permis d'imprimer :
Montpellier, le 21 décembre 1908.
Le Recteur,
Ant. BENOIST.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 7

§ 1. — Historique 7

§ 2. — Extension prise au XIX^e siècle par les droits de l'individu dans la famille ; influences diverses qui ont concouru à ce résultat 20

CHAPITRE I. — LES TENDANCES INDIVIDUALISTES DANS LA FORMATION ET LA VIE DE LA FAMILLE LÉGITIME 37

SECTION I. — Principaux facteurs du développement de l'individualisme dans la formation et la vie de la famille légitime 38

SECTION II. — Effets des tendances individualistes dans la formation et la vie de la famille légitime. 48

§ 1. — Formation de la famille légitime 49

§ 2. — Vie de la famille légitime 71

a) Puissance paternelle 72

b) Autorité maritale 85

c) Successions entre époux 91

CHAPITRE II. — DISSOLUTION DE L'UNION LÉGITIME. LE DIVORCE ; SON ÉVOLUTION VERS L'INDIVIDUALISME ... 95

SECTION I. — Aperçu historique 96

SECTION II. — Causes de l'évolution du divorce vers l'individualisme 99

NOTA. — Il n'a pas été dressé d'index bibliographique, les sources législatives et les œuvres les plus importantes concernant notre sujet ayant été mentionnées, soit dans le corps du texte, soit en note, toutes les fois qu'il nous a semblé utile d'appeler sur elles l'attention. Une bibliographie complète serait, en raison de son étendue, hors de proportion avec les dimensions de notre travail.

Pages

Section III. — Mouvement doctrinal 115
Section IV. — Jurisprudence. 128
Section V. — Législation 137
Section VI. — La séparation de corps et le divorce. 139

CHAPITRE III. — Les tendances individualistes dans la formation et la vie de la famille naturelle. 149
Section I. — Considérations générales et causes de l'évolution de la famille naturelle vers l'individualisme 149
Section II. — Rapports, au point de vue évolutif, de la famille légitime et de la famille naturelle 159
Section III. — Formation de la famille naturelle. Recherche de parenté. Reconnaissance de filiation. La séduction 160
Section IV. — Vie de la famille naturelle 181
Section V. — Donations et successions 187
Section VI. — Les enfants adultérins et incestueux; la légitimation 190
Section VII. — Le mariage et l'union libre 196

CHAPITRE IV. — Intervention de l'État dans la famille 209
Section I. — Généralités. Nécessité de l'intervention de l'Etat 209
Section II. — Modes d'intervention de l'État 218
Section III. — Manifestations diverses de l'intervention de l'État 221
§ 1. — Rapports entre époux 222
§ 2. — Rapports entre parents et enfants légitimes 226
§ 3. — Rapports issus de la parenté naturelle. 241
Conclusion 247

MONTPELLIER. — IMP. COOPÉRATIVE OUVRIÈRE, 14, AVENUE DE TOULOUSE